الوافي

في شرح القانون المدني

-٣-

في العقود المسماة

المجلد الثالث

عقد الكفالة

تأليف
الدكتور سليمان مرقس
أستاذ ورئيس قسم القانون المدنى بكلية الحقوق جامعة القاهرة سابقاً
ورئيس قسم البحوث والدراسات القانونية والشرعية
بمعهد البحوث والدراسات العربية التابع لجامعة الدول العربية سابقاً

الطبعة الثالثة
مزيد بأحدث الآراء والأحكام حتى سنة ١٩٩٣
١٩٩٤

الوافي

في شرح القانون المدني

- ٣ -

في العقود المسماة

المجلد الثالث

عقد الكفالة

تأليف

الدكتور سليمان مرقس

أستاذ ورئيس قسم القانون المدني بكلية الحقوق جامعة القاهرة سابقاً

ورئيس قسم البحوث والدراسات القانونية والشرعية

بمعهد البحوث والدراسات العربية التابع لجامعة الدول العربية سابقاً

الطبعة :الثالثة

مزيد بأحدث الآراء والأحكام حتى سنة ١٩٩٣

١٩٩٤



أحمد الخواجه
المحامى

٣٠ شارع شريف (عمارة ليبوبليا)
ت : ٣٩٢٥٧٤٣ - ٣٩٣٨١٩٠
القاهـرة

بسم الله الرحمن الرحيم

لاابغي من كتابه هذه الكلمات ، ان اقدم هذا الكتاب ، او صاحبه ، وانا الذى تتلمذت على يديه ، منذ قرابة خمسين عاما ، حين طالعته في اكتوبر ١٩٤٤ ، ادرس على يديه مع ثلاثين اخرين من زملائي ، التعريف بالقانون ومناهجه وغاياته ، واهميه القانون المدني ، في هذا الصدد وكان يحدثنا حينذاك حديثا اقرب الى فلسفة القانون منه الى المدخل في علوم القانون ، وهو محل الدراسة ، ففتح ابصارنا واسماعنا على مسائل كانت تبهرنا.

واذ كان لايجوز للتلميذ ان يقدم مدرسه فان ذلك يظل محظورا بعد ان اصبح هذا المدرس استاذا عظيما من اساتذة القانون الذين اثروا المكتبة القانونيه بعديد من كتب الفقه.

الا ان صاحب المؤلف كان بين الفقهاء اكثرهم تقصيا للمشاكل الجديدة ، التي تحيط بالمجتمع ، وابداء الراى القانوني الصحيح فيها ولاتخلو مكتبة لمحام ، من مؤلفه عن قانون ايجار الاماكن ، وهو مثال نسوقه ، وليس عددا نحصيه فمن كتبه التي تؤنسلي عند خلوى للقراءة احاديثه في مصادر القانون عامة ، والفعل النافع بصفة خاصة ومقالاته في مجلة القانون والاقتصاد.

اعود الى الغاية الحقيقة من هذه الكلمة ، وهي ان النقابة تستهدف ، من اعادة طبعه ، ان تيسر على المحامين عامة ، وشبابهم بصفة خاصة امر الحصول على الكتاب ، بغير مقابل او مقابل زهيد.

وهي تتخير في ذلك اهم المؤلفات ، التي تحقق هذه الغاية ، وتستهدى في شانها ، بما يقدمه نادى القضاة لاعضائه ، عملا على توحيد المرجع القانوني ، بين القاضي والمحامي ولعل الكتاب الذى نقدمه اليوم خير شاهد على ذلك ، والله من وراء القصد ، نساله أن يحوطنا برعايته ، وان ييسر لنا سبيلنا .

احمد الخواجـــة
نقيب المحامين



بسم الله الرحمن الرحيم



مقدمة

يشرفني بالاصاله عن نفسي وبالنيابه عن مجلس النقابة العامة : نقيبا واعضاء ان اتقدم الى الساده الزملاء بهذا الكتاب القيم لاستاذ الاجيال الدكتور سليمان مرقس المحامى الذى اثرى المكتبه القانونيه بالعديد من الابحاث العميقه والدراسات الدقيقه التى تعتبر مرجعا لكل دارس او باحث.

ولعل هذا الكتاب باكوره سلسله متواصله من المراجع القانونيه تقدمها النقابة العامة الى الساده المحامين من الحين الى الحين.

وانتهز هذه الفرصه لاتقدم بخالص الشكر الى الاستاذ الجليل الدكتور سليمان مرقس الذى اهدى هذا الكتاب الى نقابة المحامين.

القاهرة فى يناير ١٩٩٤م

امين عام النقابة

احمد سيف الاسلام حسن البنا

المحامى

تقديم

بعد أن أخرجت الجزئين الأول والثانى من الوافى كاملين وأصدرت من الجزء الثالث الخاص بالعقود المسماة المجلدين الأولين فى البيع والإيجار ، آن أوان أصدار المجلد الثالث من العقود المسماة الذى خصصته لعقد الكفالة .

وهو قد طبع طبعة أولى فى سنة ١٩٥١ ثم طبعة ثانية فى سنة ١٩٥٩ . وتجىء طبعته الثالثة بدخوله ضمن مجموعة الوافى فى شرح القانون المدنى بعد نحو ربع قرن من طبعته الثانية ، الأمر الذى أقتضانى تقصى ما ظهر طوال هذه الفترة من آراء الفقه وأحكام القضاء وبخاصة أحكام محكمة النقض . وقد بذلت أقصى الجهد فى ملاحقة هذا الفيض الزاخر مع العناية الفائقة باختيار أهمه حرصاً على التناسب بين أجزاء الكتاب .

والله أسأل أن يوفقنى بمعاونة الزملاء الأفاضل إلى إكمال الشوط وإخراج سائر أجزاء الوافى فى السنوات القلائل المقبلة ، وسيكون الدور القادم بأذن الله على المجلد الثانى من الجزء الخامس الذى يتناول موضوع الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية .

والله ولى التوفيق .   ديسمبر ١٩٩٣

بيان الرموز

جـ ١ : الجزء الأول

ط ٥ : الطبعة الخامسة

ص ٢١٢ : الصفحة ٢١٢

المجموعة ٢٢ ـ ١٠١ ـ ٦٠ : المجموعة الرسمية للمحاكم الوطنية المصرية السنة الثانية والعشرون الصفحة ١٠١ رقم ٦٠

المحاماة ٧ ـ ٣٤ ـ ١٨ : مجلة المحاماة التى تصدرها نقابة المحامين فى مصر وترتيب الأرقام كالسابق .

التشريع والقضاء ١ ـ ١٦٥ ـ ٩٨ : مجلة التشريع والقضاء التى كانت تنشرها دار النشر للجامعات المصرية وترتيب الأرقام كالسابق

مجموعة القواعد القانونية ١ ـ ٢٨٤ ـ ١٥١ : مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض المصرية فى دائرتها المدنية لواضعها محمود أحمد عمر ، الجزء الأول الصفحة ٢٨٤ رقم ١٥١ .

فهرس أحكام النقض فى ٢٥ عاماً جـ ١ ص ٢٢٣ رقم ١٥٠ : فهرس أحكام النقض المدنى من سنة ١٩٣١ إلى سنة ١٩٥٥ المجلد الأول الصفحة ٢٢٣ الرقم ١٥٠

مجموعة أحكام النقض ١٤ ـ ٣٢ ـ ٣ : مجموعة الأحكام الصادرة من الدائرة المدنية بمحكمة النقض المصرية التى يصدرها المكتب الفنى بالمحكمة المذكورة السنة الرابعة عشرة صفحة ٣٢ رقم ٣

الغازيت ١ ـ ٢٢٠ ـ ٣١٠ : Gazette des Tribunaux Mixtes d'Egypte وترتيب الأرقام كالسابق

(٢٠ ص ١٦٧) : مجلة التشريع والقضاء المختلطة Bulletin de Legisaltion et de Jurisprudence egyptiennes السنة العشرون ص ١٦٧

دالوز ١٨٧٥ ـ ١ ـ ١٥٧ : مجلة دالوز الدورية Dalloz periodique سنة ١٨٧٥ القسم الأول ص ١٥٧

سيرى ١٨٨٩ ـ ٢ ـ ٤٦ : مجلة سيرى الدورية Sirey periodique سنة ١٨٨٩ القسم الثانى ص ٤٦

مقدمة

١ — معنى الكفالة واهميتها (*)

الأصل فى الكفالة أن يتقدم شخص غير المدين لضمان وفاء ما على

(*) بعض المراجع فى القانون المصرى : السنهورى فى الوسـيط : الجزء العاشر فى التأمينات الشخصية والعينية سنة ١٩٧٠ .

محمد كامل مرسى ، الموجز فى التأمينات الشخصية والعينية سـنة ١٩٤٩ .

عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات العينية والشخصيه الطبعة الثانية سنة ١٩٥٤ حا .

عبد الودود يحيى ، عقد الكفالة سنة ١٩٦١ .

محمد على امام ، فى التأمينات الشخصية والعينية .

محمود جمال الدين زكى ، دروس فى التأمينات الشخصية ، والعينيه . سنة ١٩٥٧ .

منصور مصطفى منصور ، فى عقد الكفالة سنة ١٩٦٠ .

Grandmoulin, Sûretés Personnelles et Sûdretés réelles, par. 14a92

De Hults, Eléments d'un répertoire alphaby de drot échiquey tome II p. 215. (Vo Cautionnement).

Halton, An element ary treaties on the Egyptian Civil Code. Vol II, p. 67.

Planiol, Ripert et Savatier. Traité théarique et Pdraeique de Droit Civil, t-xl, 2eéd.1954.

Théry, Philippe, Sûretés et publicité foncière, Paris, 1988.

Beudant et Voirin.

Madrty, Raynaud et Jestaz, Les Sûretés, La publicité foncére, 2ème Paris 1987.

Simler et Delebecque, Les sû rets, La publicité fonciere, Dàaaoz 1989.

Cabrilliac et Mouet, Les sûret és, Paris, 1990.

المدين لدائنه ، فيضم ذمته الى ذمة المدين ليزيد من ضـــمان الدائن تحصيل حقه . فيصبح بذلك للدائن حق الضمان العام ليس على جميع أموال مدينه فحسب ، بل أيضا على جميع أموال الكفيل • وتسمى الكفالة فى هـذه الحالة كفـالة شخصية لأنها تنشىء فى ذمة الكفيـــل التزاما شخصيا ينفذ فى جميع أمواله •

وقد يرى الكفيل أن يقصر التزامه وأن يحدد نفاذه فى مـال معين من أمواله ، فينشىء لمصلحة الدائن حقا عينيا تبعيا على هذا المال تأمينـ للوفاء بدين المدين ، فتسمى الكفالة فى هذه الحالة كفالة عينية ، ولا تخول الدائن فوق ما له من حق الضمان العام على جميع أموال مدينه أن ينفذ على شىء من أموال الكفيل غير المال الذى جعله هذا ضامنا وفاء الدين • وتكون الكفالة العينية بتقديم رهن رسمى أو رهن حيازى • فهى تتصل من هذه الناحية بالتأمينات العينية • غير أن الراهن فيها لا يكون هـو المدين بل يكون التزامه التزاما تابعا لالتزام المدين ، فتجرى فى شـأنه أكثر أحكام الكفالة(١) •

ويظهر من ذلك أن الصورة البسيطة من الكفـــالة هى الكفـــالة الشخصية ، وأن الكفالة العينية صورة مركبة من الكفالة ومن الرهن •

وتعتبر الكفالة البسيطة من التأمينات الشخصية • وهى تشترك فى ذلك مع التضامن بين المدينين ومع الحق فى الحبس •

وتؤدى الكفالة خدمات جليلة فى الحياة العملية من حيث انها تتيح لمن يرغب فى الاستدانة وسيلة تبعث فى نفس الدائن مزيدا من الثقـــة والاطمئنان ، فتقرب بين الدائن والمدين وتسهل التعامل بينهما وتزيد فى الائتمان • غير أن خطورتها بالنسبة الى الكفيل لا تخفى • فان الكفيـــل يعرض نفسه لوفاء دين المدين من ماله الخاص • واذا كان القانون يخوله

---

(١) عبد الودود يحى سنة ١٩٦١ نبذة ١ص٣ ، محمد كامـــل مرسى نبذة ١٦ ص ٢١ .

الرجوع على المدين بما وفاه عنه ، فان هذا الرجوع كثيرا ما يكون غير مجد بسبب اعسار المدين ، فتسفر الكفالة فى النهاية عن غرم خالص للكفيل • وقد جرى المثل من قديم بأن الضامن غارم • لذلك جرت الشرائع على حماية مصلحة الكفيل سواء بالتشدد فى ثبوت الكفالة أو بالتضييق فى تفسيرها أو بمنح الكفيل دفوعا تحد من مضار التنفيذ على أمواله ، كالدفع بالتجريد والدفع بالتقسيم ، أو بمنحه ضمانات فى الرجوع على المدين كالحلول محل الدائن فى التأمينات المقدمة من المدين ، أو بابراء ذمته من الكفالة بقدر ما أضاعه الدائن بتقصيره من تلك التأمينات(٢) •

وتسمى كفالة الاوراق التجارية aval وتتم فى الشكل الذى يتم به تداول الاوراق التجارية(٣) •

ويلاحظ أن للكفالة فى العمل معنى آخر الى جانب ما تقدم • فتسمى كفالة أيضا المبالغ التى يودعها شخص طرف آخر تأمينا لما عسى أن ينشأ فى ذمته من ديون للمودع لديه ، كالتأمينات التى يقدمها الصيارف والمحصلون وغيرهم من المستخدمين الذين توجد فى أيديهم بسبب وظائفهم أموال لمخدوميهم(٤) ، وكذلك المبالغ التى يودعها المتهمون فى القضايا الجنائية خزانة المحكمة لاطلاق سراحهم مؤقتا الى أن تتم المحاكمة • والواقع من الأمر أن ايداع هذه المبالغ لا يعتبر كفالة بالمعنى القانونى إلا اذا كان حاصلا من غير هؤلاء المستخدمين أو المتهمين • أما ما يودعه هؤلاء من مالهم الشخصى فيعتبر مالا مرهونا منهم رهن حيازة تأمينا لالتزاماتهم الشخصية ولا تنطبق عليه قواعد الكفالة(٥) •

---

(٢) انظر مارتى ورينو فى التامينات والشهر العقارى ط ٢ سنة ١٩٨٧ فى تطور الكفالة فى النصف الثانى من القرن العشرين نبذة ٥٦٠ ص ٣٦٣ ونبذة ٥٦٣ و ٥٦٤ ص ٣٦٦ و ٣٦٧ •

(٣) مارتى ورينو المرجع السابق ط٢ سنة ١٩٨٧ نبذة ٥٦٢ ص ٣٦٦ •

(٤) محمد كامل مرسى نبذة ١٥ ص ١٩ •

(٥) بلانيول وريتير الموجز نبذة ١٩١٥ ، سملر ودلجيك فى التأمينات سنة ١٩٨٩ ص ٣٠ هامش ٢ ، بيدان وفواران نبذة ٦١ • عبد الفتاح عبد الباقى نبذة ٥ ، عبد الودود يحى نبذة ١٦ •

وهناك الكفالة التى يشترط قانون المرافعات ايداعها لدى الطعن بالنقض فى الحكم ويقضى بمصادرتها فى حالة رفض الطعن •

وهناك أيضا الكفالة التى نصت المادة ٣٩١ مرافعات قديم على حالات الاعفاء منها — سواء فى المواد التجارية وفى المواد المدنية — وهى لا تعدو الأربع حالات المذكورة فى تلك المادة ، اذ لا عبرة بما جاء فى صدر هذه المادة مما يوهم بخلاف ذلك ، فان صياغة هذه المادة غير جلية • ولتفهم معناها الصحيح يجب مقارنتها بالمادة ٣٩٠ السابقة عليها والتى نصت على وجوب النفاذ المعجل بشرط الكفالة فى كل المواد التجارية ،وجاءت المادة ٣٩١ مبينة لحالات الاعفاء من الكفالة وهى أربع حالات كما ذكر من قبل • فلو قيل انه فى المواد التجارية يجب الاعفاء كذلك ، لكان هناك تناقض بين المادتين ، والدليل على ذلك ما جاء بالمادة ٤٤٩ مرافعات مختلط المقابلة لها ، فقد ذكر فيها بصريح العبارة ان الاعفاء من الكفالة — سواء كان فى المواد التجارية أو فى المواد المدنية — يكون فى الحالات المبينة بها(٧) •

٢ — اهم التعديلات التى أدخلها التقنين الحالى فى أحكام الكفالة •

— احتفظ التقنين الحالى بأكثر أحكام الكفالة التى كانت مقررة فى التقنين الملغى ؛ ولم يعدل الا القليل منها ، ولكنه أعاد صياغتها وترتيبها ، فخصص لها الباب الخامس من الكتاب الثانى ، وأفرد فى هذا الباب فصلا لأركان الكفالة وآخر لآثارها سواء فيما بين الكفيل والدائن أو فيما بين الكفيل والمدين •

---

(٦) نقض مدنى ١٣ ديسمبر ١٩٦١ مجموعة احكام النقض ١٢ — ٧٧٥ — ١٢٩ •

(٧) استئناف اهلى ١٨ ابريل ١٩٣٦ المحاماة ١٦ — ٩٢٢ — ٤٢٢ و ٢٥ مايو ١٩٢٤ المحاماة ٤ — ٥٢٣ •

ومن أهم التعديلات التى جاء بها التقنين الحالى فى هذا البـــاب ما يأتى(٨) :

(١) أنه أوجب اثبات الكفالة بالكتابة ولو كان الالتـزام المكفول يجوز اثباته بالبينة (المادة ٧٧٣) •

(٢) أنه ذكر صراحة جـواز كفالة الدين المستقبل والدين الشرطى (المادة ٧٧٨) •

(٣) أنه نص على تكييف كفالة الدين التجارى (المادة ٧٧٦) •

(٤) أنه قرر أن الملتزم بتقديم كفيل يجوز له أن يقـــدم بدلا من الكفالة تأمينا عينيا كافيا (المادة ٧٧٤) •

(٥) أنه جعل الأصل فى الكفالة أن تشمل ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الأولى وما يستجد من المصروفات بعد اخطار الكفيل (المادة٧٨١) •

(٦) أنه لم يشترط أن يكون تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد عنـــد المطالبة الأولى كما فى التقنين الملغى •

(٧) أنه قرر فيما يتعلق بشروط الدفع بالتجريد أنه لا عبرة بالأموال التى يدل عليها الكفيل اذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضى المصرية أو كانت أموالا متنازعا فيها (المادة ٧٨٩) •

(٨) أنه نص على مسئولية الدائن اذا تهاون فى اتخاذ اجـراءات التجريد وأصبح المدين معسرا (المادة ٧٩٠) •

---

(٨) راجع ذلك فى المذكرة الايضاحية لمشروع تنقيح القانون المدنى ، فى مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٤١٨ ، ومحمد كامل مرسى نبـــذة ١٤ ص ١٧ .

(٩) أنه ألزم الدائن اذا كان دينه المكفول مضمونا أيضا بتأمين عيني بأن ينفذ على الأموال المخصصة لهذا التأمين قبل التنفيذ على أموال الكفيل ما لم يكن هذا متضامنا مع المدين (المادة ٧٠١) •

(١٠) أنه بين التزامات الدائن ازاء الكفيل عند قيام هذا بوفاء الدين (المادة ٧٨٧) •

(١١) أنه نص صراحة على حق الكفيل فى الرجوع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلم هذا الأخير أو بغير علمه (المادة ٨٠٠) ولكنه اوجب لذلك على الكفيل اخطار المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين (المادة ٧٩٨) •

(١٢) أنه جعل للكفيل الحق فى الفوائد القانونية عن كل ما تم بدفعه ابتداء من يوم الدفع (المادة ٨٠٠ فقرة ثالثة) •

٣ ــ خطة الدراسة ــ وسنبدأ دراسة الكفالة بتعريفها وبيان خصائصها وأحوالها ، ثم نخصص بابا لأركان الكفالة ، وآخر لآثارها ، وبابا ثالثا لانقضائها •

فصل تمهيدى

تعريف الكفالة وخصائصها وأنواعها

٤ — **تعريف الكفالة** — عرفت المادة ٧٧٢ مدنى الكفالة بأنها « عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الالتزام اذا لم يف به المدين نفسه » • وكانت المادة ٤٩٥/٦٠٤ مدنى قديم تعرفها بأنها « عقد به يلتزم انسان بأداء دين انسان آخر اذا كان هذا الآخر لا يؤديه » •

ويؤخذ من هذا التعريف أن الكفالة عقد يلتزم به الكفيل ازاء الدائن ، أى أنها عقد بين الكفيل والدائن فقط فلا يكون المدين طرفا فيه . ولكنها تفترض وجود مدين ترد على دينه الكفالة •

ويؤخذ منه أيضا أن محل الكفالة تنفيذ التزام قائم فى ذمة غير الكفيل أيا كان محل هذا الالتزام ؛ أى سواء كان مبلغا من النقود أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل • فان كان محل الالتزام المكفول مبلغا من النقود وجب على الكفيل وفاء هذا المبلغ • اما ان كان محله عملا أو امتناعا وجب عليه أن يدفع ما عسى ان يحكم به على المدين كتعويض عن الاخلال بالالتزام بعمل أو بامتناع عن عمل(٩) •

---

(٩) السنهورى فى الوسيط جـ ١٠ فى التأمينات الشخصية والعينية سنة ١٩٧٠ نبذة ١١ ص ١٩ ، عبد الودود يحيى سنة ١٩٦١ نبذة ٤ ص ٦ والمذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٤٢١ فى الهامش .

ويؤخذ منه أخيرا أنه لا يتعين كما يبدو من تعريف التقنين الملغى أن يكون الكفيل انسانا أى شخصا طبيعيا ، بل يجـــوز أن يكون أى شخص ، معنويا كان أو طبيعيا ، وأنه يجوز كذلك أن يكون المكفول التزام أى شخص .

ولا يجوز أن يفهم من عبارة « اذا لم يف به المدين نفسه » الواردة فى نهاية التعريف أن التزام الكفيل التزام شرطى(١٠) ، بل انه التـــزام منجز ينشأ بمجرد انعقاد الكفالة ويحل بمجرد حلول الالتزام الأصلى . وانما المقصود بهذه العبارة أن التزام الكفيل يكون تابعا لالتزام المدين ، فاذا وفى هذا بالتزامه لم يبق ثمة محل لالتزام الكفيل ووجب أن ينقضى هذا الالتزام الأخير تبعا لوفاء الالتزام الأول(١١) .

٥ ــ طبيعة الكفالة وبيان العــلاقات التى تقوم عليها ــ الـــكفالة عقد من عقود الضمان ، فهى تفترض وجود دين فى ذمة شخص والتـــزام الكفيل بضمان هذا الدين للدائن ، أى أنها فى ذاتها عـــلاقة بين الدائن والكفيل وهما طرفا العقد دون غيرهما ولكنها تفترض وجود علاقة أولى بين الدائن والمدين وهى علاقة الالتزام المكفول ، ووجود علاقة ثانية بين المدين والكفيل هى التى دفعت الأخير الى كفالة الدين للدائن(١٢) .

---

(١٠) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى لتنقيح القانون المدنى « ان الكفيل لا يلتزم التزاما معلقا على شرط واقف ، هو عدم وفاء المدين الاصلى بالدين ــ كما قد يفهم خطأ من التعريف ، بل الكفيل يلتـــزم التزاما منجزا هو وفاء الدين الاصلى . ولكن له اذا رجع الدائن عليه قبل ان يرجـــع على المدين ان يطلب من الدائن تجريد المدين اذا توافرت شروط الدفع بالتجريد (مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٤٢١ ــ ٤٢٣) .

(١١) فى هذا المعنى عبد الباقى فى التأمينات الشخصـــية والعينية . الطبعة الثانية ١٩٥٤ ، نبذة ١٥ ، وعبد الودود يحى سنة ١٩٦١ نبذة ٤ ص ٥ ، انظر ايضا ما سيجىء فى نبذة ٩ .

(١٢) ولذلك يذهب بعض الفقه الحديث الى ان علاقة الكفالة تـــكون احد أوجه علاقة ثلاثية لانها تفترض رجوع الكفيل على المدين ، فمكون هذا =

اما علاقة الدائن والمدين ، فهى التى ينشأ عنها الحق الأصلى الذى تعقد الكفالة لضمان الوفاء به ، ويغلب أن تقترن بالتزام المدين بتقــديم كفيل سواء كان مصدر هذا الالتزام الأخير ارادة المدين أو نص القانون أو حكم القاضى • وقد تكون هذه العلاقة سابقة على الكفالة أو معاصرة لها وقد تكون لاحقة لها كما فى كفالة الدين المستقبل(١٣) •

أما علاقة المدين والكفيل ، فهى التى تحمل الأخير على كفالة الدين ويغلب فيها أن تكون نتيجة اتفاق بينهما ولو ضمنيا ، ســـواء كان ذلك الاتفاق معاوضة أو تبرعا • كأن يطلب المدين الى الكفيل أن يضمنه لدى الدائن فى مقابل أجر أو فى مقابل أية منفعة أخرى ، أو أن يقبل الكفيـــل ضمان المدين ليقدم له خدمة مجانية تعتبر تبرعا منه • وقد لا يكون بين المدين والكفيل اتفاق ، فيضمن الكفيل الدين دون علم المدين أو بالرغم من اعتراضه(١٤) ، فيعتبر فضوليا وتقوم بينه وبين المدين علاقة الفضالة •

وأخيرا تأتى العلاقة بين الكفيل والدائن ، وهى لا تنشأ الا بعقد الكفالة • فيلتزم الكفيل بضمان وفاء الدين للدائن فى مقابل منح الدائن القرض للمدين أو مد أجله له ، أى أنه يلتزم ازاء الدائن ليحصل منه على

= الاخير احد اشخاص ثلاثة تنتج الكفالة اثارا بالنسبة اليهم . انظر سملر ودلبيك فى التأمينات سنة ١٩٨٩ ص ٣١ حيث يقولان

Le contdrat de cautionnement qui obige la caution envers le créancier ne frome qu' un des côtés de cette relation triangulaire.

وانظر فى العلاقات القانونية الثلاثية الدكتورة نبيلة رسلان فى رسالتها للدكتوراه سنة ١٩٨٦ .

وانظر كابرياك ومولى ، فى التأمينات باريس سنة ١٩٩٠ حيث يبرزان العلاقة التى تقوم بين الكفيل والمدين ويجعلان العلاقات المترتبة على الكفالة ثلاثية نبذة ٤٠ ص ٤١ ، وفى هذا المعنى ايضا تيرى Ph. Théry فى التأمينات والشهر العقارى سنة ١٩٨٨ نبذة ١٤ ص ٢٩ .

(١٣) عبد الودود يحى سنة ١٩٦١ نبذة ٤ ص ٦ .

(١٤) عبد الودود يحى فى الكفالة سنة ١٩٦١ نبذة ٤ ص ٥ .

منفعة للمدين ، هى اما قرض جديد واما مد لأجل دين سابق • فيبين من ذلك أن الكفيل لا يلتزم تبرعا منه لدائن وأن التزامه ينطوى على اشتراط لمصلحة الغير ، وأن الكفالة ليست الا أحد شقى عملية اقتصادية واحدة تشملها هى ونشوء الدين المضمون أو مد أجله • وأن النظر اليها كعمل قانونى مستقل بذاته ان كانت له مزية التبسيط فانه من المحقق أنه لا يطابق الواقع ولا يؤدى الى النتائج الصحيحة التى تتفق مع هذا الواقع •

أما اذا لم يكن التزام الكفيل فى مقابل الحصول على أية مزية للمدين كأن يكون المكفول دينا سابقا لم يحل أجله ولم يلتزم المدين فيه بتقديم كفيل ، فان الكفالة فى هذه الحالة لا تنطوى على اشتراط لمصلحة الغير بل تتمحض لمصلحة الدائن ، فتكون تبرعا من الكفيل للدائن بما يؤديه الى الأخير من خدمة فى كفالة حقه ، الا اذا تقاضى الكفيل من الدائن مقابلا لهذه الخدمة فحينئذ لا يكون متبرعا ولا يعتبر عقده مجرد كفالة بل يعتبر عقد تأمين assurance ضد خطر اعسار المدين •

ويلاحظ أنه اذا صدرت الكفالة لمصلحة الدائن وحده دون مقابل فانها تعتبر عملا قانونيا مستقلا بذاته ، وهذه هى الصورة المبسطة من الكفالة التى يعتبر فيها الكفيل متبرعا للدائن ويعتبر الدائن متبرعا اليه من الكفيل ولكنها نادرة الوقوع عملا • وكانت ندرتها تقتضى عدم الاعتداد بها فى تكييف الكفالة وترتيب أحكامها ولكن بساطتها وبعدها عن التعقيد دفعا التشريع والفقه والقضاء الى تكييف الكفالة وتنظيم أحكامها على أساس هذه الصورة المبسطة منها ، على أن يضاف الى هذه الأحكام ما تقتضيه الصور المركبة من الكفالة وفقا للقواعد العامة •

٦ — **خصائص الكفالة** — يبين مما تقدم أن الكفالة تتميز عند النظر اليها على وجه الاستقلال **بأنها عقد رضائى ، ملزم الجانبين ، وأنها تنشىء فى ذمة الكفيل التزاما تابعا ، وان الأصل فيها أن تكون تبرعا من الكفيل الى الدائن ولو أن الغالب فيها أن تكون مقابل ما يمنحه الدائن المدين من قرض أو من أجل •**

٧ ـ **الكفالة عقد رضائى** ـ الكفالة عقد رضائى ، لأنها تتم بمجرد الايجاب والقبول بين الدائن والكفيل . ولا يحتاج فى انعقادها الى أى شكل خاص .

وفى القانون الفرنسى يشترط أن يكون رضا الكفيل صريحا فلا يؤخذ بالظن(١٥) .

ولم يكن فى التقنين المصرى الملغى نص على ذلك ، ولكن قال بـه الفقه وجرى عليه القضاء .

وقد أخذ التقنين الحالى بذلك ، بل زاد عليه أن نص فى المادة ٧٧٣ منه على أن « لا تثبت الكفالة الا بالكتابة ، ولو كان من الجائز اثبات الالتزام الأصلى بالبينة » .

وليس معنى ذلك أن الكفالة أصبحت عقدا شكليا لا يتم الا بالكتابة ، بل معناه أن الكتابة صارت لازمة لاثبات رضا الكفيل فى جميع الأحوال ولو كان الالتزام الأصلى لا تجاوز ما قيمته مائة جنيها . اذ فى هذه الحالة الأخيرة يجوز اثبات التزام المدين بالبينة ولا يجوز اثبات التزام الكفيل الا بالكتابة . ولأن الكتابة مطلوبة فى هذه الحالة لمجرد الاثبات لا لانعقاد العقد ، يجوز أن يقوم مقامها الاقرار أو اليمين . بل يجوز فيها الاثبات بالبينة فى الحالات التى يجيز فيها القانون ذلك استثناء(١٦) .

٨ ـ **الكفالة عقد ملزم الجانبين** ـ الكفالة عقد ملزم الجانبين سواء نظرنا اليها فى صورتها البسيطة أى التى تكون فيها معقودة لمصلحة

---

(١٥) كبرياك ومولى سنة ١٩٩٠ نبذة ٦١ ص ٦٢ وقد عرضا تطور هذا الشرط فى القضاء الفرنسى ، وايضا تيرى فى التامينات سنة ١٩٨٨ نبذة ١٧ ص ٣١ ؛ مارتى ورينو وجستاز ط ٢ سنة ١٩٨٧ نبذة ٥٦٨ ص ٣٧٥ .

(١٦) انظر كتابنا الوافى جـ ٥ المجلد الثانى سنة ١٩٩١ نبذة ٤٠٣ وما بعدها .

الدائن وحده ودون مقابل ، أو فى صورتها المركبة أى التى تكون فيها معقودة لمصلحة المدين وتنطوى على اشتراط لمصلحة الغير ، ذلك أنه ينشأ عنها — فوق التزام الكفيل الذى هو موضوع العقد والغرض منه — التزام فرضه التقنين الحالى على الدائن بأن يتخذ اجراءات المطالبة فى الوقت المناسب بحيث اذا أخل بهذا الالتزام وأضر ذلك بمصلحة الكفيل صار مسئولا عن تعويض هذا الضرر وبرأت ذمة الكفيل بقدر ما أصابه من ضرر (المادة ٧٨٥ مدنى) (١٧) .

ولم يكن التقنين الملغى يفرض هذا الالتزام على الدائن ، بل كان يعالج الأمر باعطاء الكفيل حق مطالبة المدين متى حل أجل الدين ولو كان الدائن قد أمهله أجلا جديدا (المادة ٥٠٣/٦١٣ مدنى قديم) ، فكانت الكفالة فى صورتها البسيطة تبدو عقدا ملزما جانبا واحدا ، ولذلك جرى القول بأن الأصل فى الكفالة أن تكون ملزمة جانبا واحدا(١٨) .

ولم يكن يؤثر فى صحة هذا القول ما كان ينشأ من التزامات فى ذمة الدائن لمصلحة الكفيل بعد عقد الكفالة نتيجة لحصول الوفاء اليه كالتزامه بتسليم الكفيل وقت الوفاء المستندات اللازمة لاستعمال حقه فى الرجوع . والتزامه بالتخلى للكفيل وقت الوفاء عما يكون لديه من منقول مرهون أو محبوس ضمانا للدين ، والتزامه بالقيام بالاجراءات اللازمة لنقل التأمينات العقارية الى الكفيل ، لأن هذه الالتزامات انما تنشأ نتيجة لحصول الوفاء لا لمجرد العقد . ولأن المعول عليه فى اعتبار العقد ملتزما جانبا واحدا أو جانبين الآثار التى تترتب على العقد ذاته لا على واقعة لاحقة لانعقاده(١٩) .

---

(١٧) انظر فى ذلك ما سيجىء فى نبذة ٤٩ . وقارن عكس ذلك عبد الباقى نبذة ٣ ، محمد على امام فى التأمينات الشخصية والعينية سنة ١٩٥٦ نبذة ١٤ .

(١٨) عبد الودود يحى نبذة ٥ ص ٦ ونبذة ٦ ص ٨ .

(١٩) أنظر مؤلفنا الوافى حـ ٢ المجلد الاول فى نظرية العقد والارادة المنفردة سنة ١٩٨٧ نبذة ٤٦ .

غير أنه يلاحظ أن هذا الأصل لم يكن ينطبق على الكفالة فى صورتها المركبة ، أى التى تكون فيها معقودة لمصلحة المدين والتى تنطوى على اشتراط لمصلحة الغير ، وهى الغالبة فى العمل ، لأن الكفالة فى هذه الصورة كانت حتى فى ظل التقنين الملغى تبدو ملزمة الجانبين بسبب اشتراط الكفيل على الدائن أن يمنح المدين القرض أو أجلا جديدا •

بل ان هذا الأصل لم يكن ينطبق حتى على الكفالة فى صورتها البسيطة اذا كان الدين المكفول مضمونا أيضا بتأمين آخر ، لأن الدائن كان يلتزم فى هذه الحالة من وقت العقد بالمحافظة على هذا التأمين الآخر لمصلحة الكفيل • وكانت المادة ٥١٠/٦٢٣ مدنى قديم تنص على أن يبرأ الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بتقصيره من التأمينات التى كانت له (وتقابلها المادة ٧٨٤ فقرة أولى مدنى) • ومعنى ذلك أن الدائن كان يلتزم بموجب الكفالة أن يحافظ على التأمينات الأخرى الضامنة للدين وأن يبذل فى ذلك عناية الرجل المعتاد • فاذا قصر فى ذلك واستطاع الكفيل أن يثبت هذا التقصير وما لحقه بسببه من ضرر ، برأت ذمته من الكفالة بقدر ما أضاعه الدائن من التأمينات • ويبين من ذلك أن كفالة الدين المضمون بتأمين آخر كانت حتى فى ظل التقنين الملغى تعتبر عقدا ملزما الجانبين(٢٠) •

٩ — الكفالة تنشىء التزاما تابعا — لأن الغرض من الكفالة ضمان التزام المدين ، يعتبر التزام الكفيل تابعا لالتزام هذا الاخير الذى يعتبر هو الاصيل(٢١) •

---

(٢٠) قارن عكس ذلك مارتى ورينو وجيستاز ط ٢ سنة ١٩٨٧ نبذة ٥٧٠ ص ٣٧١ •

(٢١) هو التزام تابع accessoire وليس التزاما احتياطيا non subsidiaire. انظر السنهورى فى الوسيط ج ١٠ نبذة ١٣ ص ٢٦ ، مارتى ورينو وجستاز ط ٢ سنة ١٩٨٧ نبذة ٥٦٩ ص ٣٧٠ ، عبد الودود يحيى نبذة ٧ ص ٩ •
=

ويترتب على ذلك :

(١) أن التزام الكفيل يدور وجودا وعدما مع التزام المدين الأصلى . فلا تنعقد الكفالة صحيحة الا اذا كان الالتزام المكفول صحيحا . فيجوز

= وانظر نقض مدنى ٤ يناير ١٩٨٤ مجموعة احكام النقض ٢٥ — ١٢٤ — ٢٨ : التزام الكفيل هو التزام تابع لالتزام المدين ، فلا يقوم الا بقيامه ، وايضا نقض مدنى ١٩٨٠/٢/١٨ مجموعة احكام النقض ٣١ — ٥٢٤ — ١٠٤ وذلك سواء كان الكفيل متضامنا مع المدين أو غير متضامن معه . وفى هـذا المعنى الاخير ايضا نقض مدنى ١٥ مارس ١٩٧٦ مجموعة احكام النقض ٢٧ — ٦٣٧ — ١٢٧ ، ونقض مدنى ٢٨ ديسمبر ١٩٧٢ مجموعة أحـكام النقض ٢٣ — ١٤٨٧ — ٢٣٢ . واذا وفى المدين الدين المكفول امتنع على الدائن مطالبـة الكفيل به (نقض مدنى ٥ ابريل ١٩٥١ مجموعة احكام النقض ٢ — ٦٤٩ — ١٠٨ والمحاماة ٣٣ — ٤٥١ — ٢٣٢) .

وقد اعتبرت محكمة النقض مسئولية المتبوع عن فعل تابعه غير المشروع مسئولية تبعية مقررة بحكم القانون تقوم على اعتبار المتبوع فى حكم الكفيـل المتضامن . وبناء على ذلك قررت ان رفض التعويض قبل التابع لانتفـاء مسئوليته عن الواقعة المطالب بالتعويض من اجلها لازمه زوال الاساس الذى تقوم عليه مخاصمة المتبوع لانتفاء مسئولية التابع بحكم نهائى وأن عـدم قبول الطعن بالنسبة للتابع يقتضى عدم قبوله بالنسبة الى المتبوع (نقض مدنى ١٢ مارس ١٩٧٠ مجموعة احكام النقض ٢١ — ٤٤٦ — ٧١ ، و ٢٠ ينـاير ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض ٢٠ — ١٩٩ — ٣٢) .

ويمكن ان يجمع الكفيل فى شخصه بين صفة المدين وصـفة الكفيل . وتطبيقا لذلك قررت محكمة النقض انه اذا كان الطاعن باعتباره شريكا فى شركة التضامن يسأل فى أمواله الخاصة عن كفالة ديونها بالتضامن مع بقية الشركاء عملا بالمادة ٢٢ من قانون التجارة ، فانه بموجب عقد فتح الاعتماد الرسـمى المضمون برهن عقارى والمبرم بين الشركة المطعون عليها باعتبارها مرتهنـة وبين الطاعن بصفته الشخصية باعتباره كفيلا متضامنا وراهنا وبين شـركة التضامن سـالفة الذكر والمنفـذ بمقتضاه انما يجمع صفة المدين باعتباره شريكا متضامنا فى شركة التضامن الممثلة فى العقد وبين صفة الكفيل المتضامن باعتباره راهنا حتى ولو كان الدين محل التنفيذ ثابتا فى ذمة شركة التضامن وحدها (نقض مدنى ١٩ يناير ١٩٧١ مجموعة احكام النقض ٢٢ — ٥٢ — ١١)

للكفيل أن يتمسك بجميع الدفوع التى ترد على الدين الأصلى ، وينقضى التزامه بانقضاء هذا الدين(٢٢) .

(٢) أن التزام الكفيل لا يجوز أن يتعدى التزام الأصيل ولا أن تكون شروطه أشد من شروط ذلك الالتزام ، ولكن يجوز أن يكون بشروط أخف (المادة ٧٨٠) .

فلا يلتزم الكفيل بأكثر مما يكون الأصيل ملتزما به ، واذا كان الالتزام الأصلى معلقا على شرط أو أجل فلا يجوز أن يكون التزام الكفيل منجزا .

---

(٢٢) استئناف اسيوط ١٥ نوفمبر ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٦ — ٢٦٠ — ١٣٦ ، وقد جاء فيه ان التزام المحيل باعتباره ضامنا بالاتفاق هو كالتزام كل كفيل التزام تبعى . فاذا زال الدين بمضى المدة سقط تبعا التزام المحيل .

وقد يرى المشرع فى قانون خاص أن ينص على ان تخفيض الدين بموجب قانون خاص لا يحول دون رجوع الدائن على الكفيل . ومن هذا القبيل ما نصت عليه المادة ١٤ من القانون رقم ١٢ سنة ١٩٤٢ الخاص بتسوية الديون العقارية ، فانها بعد ان ذكرت ان الديون المضمونة بكفيل تكون مجالا للتخفيض ، عقبت على ذلك بقولها : « على ان هذا التخفيض لا يحول دون رجوع الدائن على الكفيل » . وقد قررت محكمة النقض انها مع صراحة هذا النص لا يصح التحدى فى هذا المقام بما نصت عليه المادة ٥٠٩ مدنى قديم (= المادة ٧٨٢ مدنى) من انه يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين ، وله ان يتمسك بجميع الاوجه التى يحتج بها المدين ما عدا الاوجه الخاصة بشخصه » ، ان الشارع اذ أورد ذلك الحكم فى المادة ١٤ المذكورة مع قيام المادة ٥٠٩ مدنى قديم انما قصد ان يعارض به هذه المادة التى كانت تحت نظره وفى حسبانه ، ولا يصح الاعتراض بأن عقد الكفالة انما هو عقد تابع للالتزام الاصلى ، فلا يقوم الا بقيامه ، ومع ابراء ذمة المدين من بعض الدين لا يكون للالتزام الاصلى بالنسبة الى باقى الدين وجود ، لا يصح هذا الاعتراض لان الرجوع على الكفيل هنا مستمد من نص القانون ، فهو قائم على اساس مستقل لا يتأثر بما يتأثر به الالتزام الاصلى (نقض مدنى ٢٢ نوفمبر ١٩٤٥ مجموعة القواعد القانونية (للاستاذ محمود عمر) ٥ — ٩٦٧ — ١١ كفالة .

(٣) اذا كان التزام من تعهد بسداد دين غيره التزاما أصليا ، أى ليس تابعا لالتزام غيره ، فانه لا يعتبر كفالة ، وذلك كما فى الالتـــزام بسداد دين القاصر .

ولكن يلاحظ أن الكفالة لا تأخذ صفة الالتزام الأصلى من حيث انه مدنى أو تجارى بل تحتفظ بصفتها هى(٢٣) .

١٠ ــ الغالب فى الكفالة أن تنشىء التزاما بمقابل ــ اذا نظـرنا الى الكفالة فى صورتها البسيطة التى تكون فيها معقودة لمصلحة الدائن وحده ، بدت كأنها تبرع لأن الكفيل يلتزم وحده دون أن يحصل من الدائن على شىء(٢٤) .

غير أنا قد رأينا أن هذه الصورة المبسطة من الكفالة جد نادرة فى العمل وأن الصورة الغالبة هى التى تكون الكفالة فيها معقودة لمصلحـة المدين . فيكون التزام الكفيل ليس مقصودا به التبرع للدائن بضـمان الدين ، وانما الحصول منه على قرض جديد للمدين أو على امتداد أجل الدين الذى حل ، أى أنه فى العلاقة ما بين الكفيل والدائن يكون التزام الكفيل بمقابل واذا كان الكفيـل فى عـلاقته بالمدين قد قصـد التبرع له بما اشترطه من الدائن لمصلحته ، فان هـذه العلاقة كلهـا وما تقوم عليه من قصد التبرع لا دخل لهما فى تكييف عقد الكفالة ذاته ، اذ لا عبرة فى تكييف هذا العقد بالعلاقة التى تكون بين أحد طرفيه وبين

---

(٢٣) انظر ما سيجىء فى نبذة ١١ .

(٢٤) فى هذا المعنى نقض ٣٥ مارس ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية ٥ ص ٥٨٤ . قرب استئناف مختلط ٢٣ مارس ١٩٣٩ المحاماة ١٦ — ١٤٤ — ٢٨٧ وقد جاء فيـه أن الكفالة هى مبدئيا من عقود التبرع حيث يفترض ان الكفيل قد قصد أقل ضمان ممكن . ولهذا لا يجوز امتدادها بغير ما نص عليـه صراحة فى الاتفاق ، وبخاصة بالنسبة لتعهدات ناشئة عن أسباب بعيدة عن العقد المتعلقة به او ناتجة عن وقائع يجهلها الكفيل ولم يكن يتوقعها .

المدين المكفول الذى يعتبر أجنبيا عنه ، وانما العبرة بالعلاقة التى ترمط طرفيه .

ويترتب على هذا النظر أن تشترط فى الكفيل فى غالب الأحوال أهلية التصرف لا أهلية التبرع ، أى بحسب التعبير الشرعى وتعبير التقنين المدنى الحالى أهلية الأعمال الدائرة بين النفع والضرر لا أهلية الأعمال الضارة ضررا بحتا . وهذه الأهليه لا تثبت الا لمن بلغ الحادية والعشرين وكان رشيدا لم يحكم باستمرار الوصاية ولا بتوقيع الحجر عليـــــه . فاذا كفل الصبى المميز دين غيره كانت كفالته قابلة للابطال فقط لا باطلة بطلانا مطلقا .

أما فى صورتها البسيطة السالف الاشارة اليها (٢٤مكرر) فتكون الكفالة تبرعا وينبنى على ذلك انه يلزم فى عقدها بالوكاله توكيل خاص يخـــول الوكيل عقد الكفالة(٢٥) .

١١ ـــ نوعا الكفالة : الكفالة المدنية والكفالة التجارية ـــ تقـــدم أنه لا يترتب على كون التزام الكفيل التزاما تابعا أن تأخذ الكفالة حتما صفة الالتزام الأصلى من حيث انه التزام مدنى أو تجارى بل تحتفظ الكفالة بتكييف مستقل لها من هذه الناحية بحسب طبيعتها الذاتية .

ولأن الكفالة بطبيعتها يغلب فيها أن تنطوى على اشتراط لمصلحـــة الغير وأن يقصـــد بها الكفيل أداء خدمة للمدين ، كان الأصـــل فيها أن تعتبر عملا مدنيا ولو كان المدين والكفيل تاجرين والالتـــزام المكفول

(٢٤ مكرر) فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط ج ١٠ ص ٢٥ و ٢٦ ، عبد الودود يحيى نبذة ٩ ص ١٥ ، وقارن عكس ذلك مارتى ورينو فى التأمينات والشهر العقارى باريس سنة ١٩٨٧ ص ٣٧١ نبذة ٥٧٠ .

(٢٥) نقض مدنى ٢٠ مارس ١٩٤٨ التشريع والقضاء ١ ـــ ٣٤٠ ـــ ٢٢٧ ، وايضا استئناف القاهرة ٢٠ اكتوبر ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٤٨ ـــ ١٣١ ـــ ٥٩ .

تجاريا(٢٦) ، ما لم يكن سبب الكفالة مصلحة الكفيل التجارية(٢٧)، أو ما لم يكن الكفيل تاجرا يحترف كفالة الأشخاص بمقابل فتكون حينئذ الكفالة الصادرة منه عملا تجاريا بذاتها لا بطريق التبعية ولو كان الالتزام المكفول مدنيا والمدين غير تاجر(٢٨) .

وقد نصت المادة ٧٧٩ فقرة أولى مدنى على أن « كفالة الدين التجارى تعتبر عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا » ، وهى بذلك قد افترضت وجود القاعدة الأصلية ضمنا واقتصرت على بيان حكم كفالة الدين التجارى دفعا للشبهة فقط . أى انها اعتبرت التزام الكفيل للدين التجارى التزاما مدنيا(٢٩) . ولم تعرض بشىء لحكم قانون التجارة الخاص بالأعمال القانونية التى يتخذ منها التاجر صناعة أو مهنة له . فتظل هذه خاضعة فى تكييفها لأحكام قانون التجارة وتعتبر وفقا له أعمالا تجاريا(٣٠) .

غير أن المشرع رأى أن يدفع شبهة أخرى فيما يتعلق بكفالة غير التاجر الناشئة عن ضمانه الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا أو عن تظهيره هذه الأوراق ، فنص فى المادة ٧٧٩ فقرة ثانية مدنى على أن هذه الكفالة أى الكفالة فى الأوراق التجارية خلافا لكفالة التعهدات

---

(٢٦) طنطا الابتدائية ٢٠ اكتوبر ١٩٣٨ المحاماة ٩ — ١٠٢ — ٦٤ ؛ الاسكندرية التجارية الجزئية ٢٢ فبراير ١٩٤٣ المحاماة ٢٢ — ٧٤٦ — ٣٥٢ . القاهرة التجارية الجزئية ١٤ ابريل ١٩٤٠ المحاماة ٢٢ — ٧٥٠ — ٢٥٤ . وانظر مارتى ورينو فى المرجع سالف الذكر ص ٣٧٥ نبذة ٥٧٤ .

(٢٧) استئناف مختلط ١٦ مارس ١٨٩٨ (١٠ ص ١٩٧) .

(٢٨) عبد الودود يحيى نبذة ١٠ ص ١١ ، وفى هذا المعنى تجارى جزئى الاسكندرية ٢٢ فبراير ١٩٤٢ المحاماة ٢٢ — ٧٤٦ — ٢٥٢ ؛ نقض مدنى ٢ مارس ١٩٨١ مجموعة احكام النقض ٣٢ — ٧٩٧ — ١٣٩ .

(٢٩) قارن عكس ذلك فى ظل التقنين الملغى استئناف مختلط ٣٠ مايو ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ — ١٢٦٦ — ٥٧٥ .

(٣٠و٣٢) السنهورى فى المرجع السابق نبذة ٢٧ ص ٦٧ وما بعدها

التجارية(٣١) تعتبر دائما عملا تجاريا • ويعلل ذلك بأن الشكل التجارى لهذه الأوراق يبرر اعتبار كفالة الإلتزامات الناشئة عنها كفالة تجارية(٣٢) •

وقصارى القول ان الكفالة نوعان : مدنية وتجارية ، وان الأصل فيها أن تكون مدنية ، وانها لا تكون تجارية أبدا بطريق التبعية بل بصفة أصلية فقط(٣٣) ، اذا طابقت نصا يقضى بذلك • كما فى ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا aval أو فى تظهير هذه الأوراق(٣٤) • والأوراق التجارية هى الكمبيالة والسند الاذنى والشيك • والأصل ان التزام الكفيل موقع الورقة التجارية هو التزام أصلى وليس التزاما تابعا • ولكن قد يتفق الكفيل مع الدائن على أن يوقع له كمبيالة أو سندا اذنيا على سبيل الكفالة • وفى هذه الحالة لا يكون التزام الكفيل التزاما أصليا بل التزاما تابعا ، بشرط ثبوت الاتفاق على ذلك • ولكن الكفيل يكون فيه متضامنا مع المدين(٣٥) •

ويترتب على اعتبار الكفالة مدنية أو تجارية أهمية من حيث الاثبات ومن حيث الاختصاص القضائى • ففيما يتعلق بالاثبات تثبت الكفالة فى حق الكفيل طبقا لقواعد الاثبات فى المواد المدنية ، فتثبت بالكتابة أو ما يقوم مقامها اذا كان التزام الكفيل تجاوز قيمته المائة جنيه ، وفيما يتعلق بالإختصاص فتكون المحكمة المدنية هى المختصة اذا كان الكفيل هو المدعى عليه الا اذا كانت الكفالة تعتبر تجارية وفقا للاستثناء المنصوص عليه فى المادة ٢/٧٧٩ مدنى سالفة الذكر • وكذلك فيما يتعلق

---

(٣١) الاسكندرية التجارية الجزئية ٢٢ فبراير ١٩٤٢ المحاماة ٢٢ — ٧٤٦ — ٢٥٢ •

(٣٣) فى هذا المعنى س.م. ١٦ مارس ١٩٣٢ (٤٤ ص ٢٢٨) وقارن عكس ذلك س.م. ٣٠ مارس ١٩٣٩ (٥١ ص ٢٣٥) •

(٣٤) تجارى الاسكندرية الجزئية ٢٢ فبراير ١٩٤٢ المحاماة ٢٢ — ٧٤٦ — ٤٥٤ •

(٣٥) السنهورى فى المرجع السابق نبذة ٣٠ ص ٧٧ •

باستحقاق فوائد تأخير على الكفيل ، فالاصل ان تحسب هذه الفوائد بالسعر الذى يسرى على الديون المدنية (٤٪) الا فى الحالة الاستثنائية التى تعتبر فيها الكفالة تجارية فتحتسب فوائد التأخير بسعر (٥٪)(٣٦)٠

١٢ ــ أحوال الكفالة والتزام المدين بتقديم كفيل ــ لا ينشأ التزام الكفيل الا من عقد الكفالة ، فهو التزام تعاقدى فى جميع الأحوال(٣٧) ٠

وقد تقدم أن الكفالة تفترض وجود علاقة بين المدين والكفيل ، وأن هذه العلاقة هى التى تحمل الكفيل على الالتزام ازاء الدائن ، وأنه يغلب فيها أن تكون نتيجة اتفاق بين الكفيل والمدين يطلب المدين بموجبه من الكفيل أن يضمنه لدى الدائن ، كما تقدم أن الكفالة تفترض وجود علاقة بين الدائن والمدين هى التى تحمل المدين على أن يطلب من الكفيل أن يضمنه ٠ ويكون طلبه ذلك اما لأنه ملتزم ازاء الدائن بتقديم كفيل له ، واما لأن له مصلحة فى ذلك فيرضى من تلقاء نفسه ودون التزام سابق بتقديم كفيل ٠

وبناء على ذلك تتعدد أحوال الكفالة تبعا لتعدد الصور المختلفة التى تبدو فيها كل من هاتين العلاقتين ٠

١٣ ــ (ا) أحوال الكفالة من ناحية علاقة المدين بالدائن ــ اذا كان المدين فى علاقته بالدائن ملتزما ازاءه بأن يقدم له كفيلا ، فان هذا الالتزام يكون مصدره اما نص القانون واما حكم قضائى واما اتفاق بين الدائن والمدين ، فيوصف الالتزام بتقديم كفيل بأنه التزام قانونى أو قضائى أو اتفاقى حسب الأحوال ٠

والكفالة المقدمة تنفيذا لهذا الالتزام ولو أنها فى ذاتها اذا قصد بها

---

(٣٦) السنهورى فى المرجع السابق نبذة ٢٧ ص ٦٨ ٠
(٣٧) مارتى ورينو وجستاز ط ٢ سنة ١٩٨٧ نبذة ٥٦٨ ص ٣٦٩ ٠

العلاقة التى تقوم بين الدائن والكفيل لا تكون الا اتفاقية ولا تنشأ الا من عقد الكفالة ، توصف مع ذلك تجوزا بأنها هى أيضا قانونية أو قضائيـــة أو اتفاقية تبعا لطبيعة ذلك الالتزام(٣٨) •

فالكفالة الاتفاقية هى التى يكون المدين قد التزم بارادته أن يقدمها للدائن • وتعتبر اتفاقية ولو لم يقم المدين بتقديمها الا بعد اكراهه على ذلك قضاء • ويلحق بالكفالة الاتفاقية الكفالة التى يتطوع المدين بتقديمها دون أن يكون ملتزما بذلك ، بل يمكن القول ان الكفالة تعتبر اتفاقيـــة فى كل الأحوال التى لا يكون فيها المدين ملزما بتقديم كفيل بناء على نص فى القانون أو بموجب حكم قضائى •

والكفالة القانونية هى التى تقدم تنفيذا لنص فى القانون(٣٩) • ومن الأمثلة على ذلك ما قضت به النصوص الآتية :

---

(٣٨) عبد الودود يحيى نبذة ١٢ ص ١٣ وفى هذا يقول كابريال ومولى فى التأمينات باريس سنة ١٩٩٠ ص ٤٥ نبذة ٤٥ :

La loi ou la décision judiciaire ne sont pas ici une source du cautionnement qui reste contractuel Elles sont tout au plus la Source de l'obligation du débiteur principal de fournir un cautionnement s'il veut accéder à un avantrage. par exemple le plaideur qui veut obtenir l'extécution pdrovisoire si le jugement soumet son bénéfice à la fourniture de cette sûreté.

(٣٩) وتوصف الكفالة بأنها قانونية ايضا عندما تنشأ أو تفرض على الكفيل بنص القانون ، كما فى مسئولية المتبوع عن فعل تابعه ، اذ جـرى قضاء محكمة النقض بأن مسئولية المتبوع أساسها كفالته لتابعه كفـــالة مفروضة عليه بحكم القانون . فاذا تعدد المتبوعون للتابع الذى ارتكب الفعل الضار كانت مسئوليتهم عن فعله مسئولية تضامنية واعتبروا جميعهم كفـلاء متضامنين (نقض مدنى ١٣ يناير ١٩٨٣ مجموعة احكام النقض ٣٤ — ٢٠٢ — ٥٠ ، وايضا ١٤ يناير سنة ١٩٨٢ مجموعة أحكام النقض ٣٣ — ١٥١ — ٢١ ، و١٢ نوفمبر ١٩٨١ المجموعة ذاتها ٣٢ — ٢٠٣١ — ٣٦٨ ، ١٠ مايــو ١٩٧٩ المجموعة ذاتها ٣٠ — ٣ — ٣٠٧ — ٢٤٠ ، و ٨ مايو ١٩٧٨ مجموعة احكام النقض ٢٩ — ١١٨٠ — ٢٣٢) •

المادة ٩٩٢ مدنى التى تقضى بأنه اذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولا وجب جرده ولزم المنتفع تقديم كفالة به •

والمادة ٤٥٧ مدنى التى تلزم البائع بتقديم كفيل اذا أراد أن يتقاضى ثمن المبيع بالرغم من حصول تعرض للمشترى أو وجود ما يجعل المشترى يخشى نزع المبيع من يده •

والمادة ٤٥٩ مدنى التى تجيز للمشترى اذا أعسر أو أفلس قبل أن يحل أجل الثمن أن يطالب البائع بتسليم المبيع فى مقابل تقديم كفالة للثمن •

والمادة ٦٠٥ فقرة ثانية مدنى التى تلزم المؤجر أو من انتقلت اليه ملكية العين المؤجرة بتقديم تأمين للمستأجر اذا أريد اخلاؤه قبل أن يتقاضى التعويض المستحق له •

والمادة ١٠١٠ مدنى التى تلزم المحكر فى حالة فسخ الحكر أو انتهائه أن يقدم للمحتكر كفالة لضمان الوفاء بما يستحق فى ذمته اذا أمهلته المحكمة فى وفائه لظروف استثنائية تبرر ذلك(٤٠) •

والكفالة القضائية هى التى يأمر بها القضاء فى غير الحالات التى يكون فيها المدين ملزما بتقديم كفيل بمقتضى اتفاق بينه وبين الدائن أو بموجب نص فى القانون •

ومثل ذلك حكم القاضى بالتنفيذ المؤقت بشرط تقديم كفالة فى الأحوال التى يكون فيها الحكم بتقديم الكفالة جوازيا للمحكمة (المادتان ٤٦٩ و ٤٧٠ مرافعات) ، والحكم القاضى بالافراج عن متهم بشرط أن يقدم كفيلا(٤١) •

---

(٤٠) انظر أيضا السنهورى نبذة ١٤ ص ٢٨ وما بعدها .
(٤١) انظر ايضا السنهورى نبذة ١٤ ص ٣٠ .

ويختلف حكم الكفالة الاتفاقية عن حكم الكفالة القضائية أو القانونية فى أن الأولى لا تكون تضامنية خلافا للأخريين • وقد نصت المادة ٧٩٥ مدنى على أنه « فى الكفالة القضائية أو القانونية يكون الكفلاء دائما متضامنين » •

١٤ — (ب) أحوال الكفالة من ناحية علاقة الكفيل بالمدين — يلتزم الكفيل بضمان الدين للدائن اما بناء على اتفاق بينه وبين المدين فيكون الكفيل مندوبا للكفالة من المدين • واما دون اتفاق ولكن بعلم المدين ، أو دون رضاء المدين ودون علمه ، فيكون الكفيل فضوليا •

فاذا وجد اتفاق بين الكفيل والمدين ، فاما أن يكون الاتفاق المعقود بينهما عقدا تبرعيا قصد به الكفيل أداء خدمة للمدين ، واما أن يكون عقد معاوضة التزم فيه الكفيل أن يكفل المدين مقابل التزام آخر التزم به المدين ازاء الكفيل(٤٢) • ويترتب على هذه التفرقة الأخيرة فرق فى درجة الأهلية المطلوبة فى كل من الطرفين لصحة هذا الاتفاق الذى تتم الكفالة تنفيذا له • ومتى وفى الكفيل الدين المكفول كان له الرجوع على المدين بدعوى الوكالة فى كلتا الحالين •

أما اذا لم يوجد اتفاق بين الكفيل والمدين ، وسواء كانت الكفالة بعلم المدين أو دون علمه بالرغم من معارضته ، فان الكفيل متى وفى يكون له رجوع على المدين بدعوى الفضالة •

---

(٤٢) وقد جرى فى العمل ان تمارس الكفالة باجر فئة من المحترفين هذا النوع من العمل ، وبخاصة البنوك ، يخضعون لرقابة من الدولة . وفى فرنسا قصر المشرع احتراف الكفالة باجر على المصارف ومؤسسات الائتمان وشركات التأمين ، وقد امتنعت هذه الاخيرة عن مزاولة الكفالة باجر منذ سنة ١٩٥٢ على اثر صدور الحكم الشهير فى تحكيم Renaudin انظر فى ذلك J. P. Wattier فى الكفالة المصرفية وكفالة المؤسسات المالية باريس ، سيرى سنة ١٩٦٤ ص ١١ وما يليها مشار اليه فى كابرياك ومولى الانف ذكره ص ٤٦ هامش ١٢ .

١٥ — ما يشـــترط فى الكفيل الذى يقدمه المدين الملتزم بذلك —
اذا كان المدين ملتزما بتقديم كفيل ، وجب أن يكون اختياره الكفيل محققا الغرض المقصود من الكفالة ، والا جاز الدائن عدم قبول الكفيل واعتبار المدين مخلا بالتزامه •

وقد بينت المادة ٧٧٤ مدنى الشروط الواجب توافرها فى الكفيـــل الذى يقدمه المدين وفاء لذلك الالتزام لكى يعتبر تقديمه اياه وفاء صحيحا ملزما الدائن بقبوله ، فنصت على أنه « اذا التزم المدين بتقديم كفيـــل وجب أن يقدم شخصا موسرا ومقيما فى مصر ••• » •

وبناء على هذا النص يعتبر يسار الكفيل واقامته فى مصر شرطين لازمين لصحة الوفاء بالتزام بتقديم كفيل ، ويضاف اليهما شرط ثالث لم يرد ذكره فى هذا النص ولكن وجوبه مستفاد من القواعد العامة ، هـــو شرط أهلية الكفيل(٤٣) ، وعلى ذلك تكون الشروط ثلاثة : (١) أهلية الكفيل (٢) ويساره (٣) واقامته فى مصر •

أما اشتراط أهلية الكفيل ، فهو أمـــر بدهى لأنه اذا قدم المدين شخصا ليست له أهلية الالتزام بعقد كفالة ، فان قبول هـــذا الشخص كفالة الدين لا يجدى الدائن شيئا لأن عقد الكفالة يقع باطلا أو يكون قابلا للابطال ، ولا يكسب الدائن الضمان المنشود ، فيجوز للدائن رفض هذا الكفيل ومطالبة المدين بتقديم غيره • ويكفى توافر هذا الشرط وقت عقد الكفالة دون حاجة لاستمراره بعد ذلك • فاذا حجر على الكفيل بعد الكفالة فان ذلك لا يبطل الكفالة ، ولا يبيح للدائن مطالبة المدين بتقديم

---

(٤٣) وقد جاء فى مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى ان سعادة رئيس اللجنة الاولى التى اعدت المشروع التمهيدى للكفالة (لجنة كامل صدقى باشا) ابدى انه لا يرى حاجة لاشتراط ان يكون الكفيل ذا اهلية لأن هـــذا الشرط عام وواجب توافره فى جميع الالتزامات ، وان سعادة فؤاد حسنى بك ايده فى ذلك ، وان اللجنة اقرتهما عليه (انظر المجموعة المذكورة جـ ٥ ص ٧٧٤ و ص ٧٧٥ فى الهامش) .

كفيل آخر بدلا من الأول(٤٤) •

والشرط الثانى أى يسار الكفيل هو الأهم ، اذ لا فائدة للدائن من أن يضمن المدين كفيل معسر • لذلك نصت عليه أكثر الشرائع كما نصت عليه المادة ٧٧٤ مدنى • وقد نص القانون الفرنسى على أن الأموال التى يعتد بها فى تقدير يسار الكفيل هى أمواله العقارية دون المنقولة الا فى مواد التجارة أو اذا كان الدين يسيرا • وقد أخذ على هذا النص أنه يخول الدائن حق رفض الكفيل الذى يقدمه المدين مهما كان واسع الثراء لمجرد أنه لا يملك عقارات مع أن الثروات المنقولة أصبحت فى العصر الحديث أضعاف الأموال العقارية • لذلك عدل المشرع المصرى عن هذا القيد واكتفى باشتراط يسار الكفيل وترك تقدير هذا اليسار للقاضى على أن يقدره هذا تبعا للحالة المالية العامة للكفيل ودون تقيد بأموال الكفيل العقارية(٤٥) • وعند المنازعة فى يسار الكفيل يقع على المدين الذى يقدم الكفيل عبء اثبات هذا اليسار • وعلى الدائن أن يثبت أن بعض أموال الكفيل متنازع فيه أو يصعب التنفيذ عليه لبعده أو لسهولة تهريبه أو سهولة اخفائه لأى سبب آخر . فيستبعد من مال الكفيل الذى يضمن المدين(٤٦) •

وليس يكفى أن يكون الكفيل موسرا وقت تقديمه للدائن أو وقت عقد الكفالة . بل يجب أن يستمر يساره حتى انقضاء الكفالة . لأن المدين

---

(٤٤) انظر ما تقدم فى نبذة ١٠ .

(٤٥) وقد اقترح فى أثناء الاعمال التحضيرية للتقنين المدنى النص على أن يكون لدى الكفيل فى مصر من الاموال ما يكفى للوفاء بالالتزام . وبعد أن أقرت لجنة كامل صدقى باشا هذا النص رؤى العدول عنه حتى تترك للقاضى سلطة التقدير كاملة فلا يضطر الى رفض كفالة شخص مشهور بالثراء فى جميع انحاء العالم لمجرد عدم كفاية ما له من أموال فى مصر للوفاء بالدين المكفول (انظر مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٤٣٥) ، وفى هذا المعنى عبد الودود يحيى نبذة ١٣ ص ١٥ ، منصور مصطفى منصور نبذة ١٠ ص ٢٠ .

(٤٦) السنهورى فى المرجع السابق ص ٣١ .

الملتزم بتقديم كفيل بضمن صلاحية الكفيل الذى يقدمه ، فاذا أعسر الكفيل بعد عقد الكفالة جاز للدائن مطالبة المدين باستبدال كفيل آخر بالكفيل الذى أعسر(٤٧) . ما لم يكن الدائن قد فرض على المدين أن يقدم له كفيلا شخصا معينا بالذات هو الذى أعسر فيما بعد فحينئذ لا يكون له مطالبة المدين بأن يستبدل بمن أعسر كفيلا غيره(٤٨) .

أما شرط اقامة الكفيل فى مصر فلم يكن منصوصا عليه فى التقنين المصرى الملغى ، وكان يقابله فى القانون الفرنسى اشتراط اقامة الكفيل فى دائرة محكمة الاستئناف الواجب تقديم الكفالة فيها وهى عادة محكمة موطن المدين ، وكان الغرض منه تيسير مقاضاة الدائن للكفيل . فلم ير المشرع المصرى الحديث داعيا لاشتراط اقامة الكفيل فى دائرة محكمة المدين واكتفى بأن يكون الكفيل مقيما فى مصر . والمقصود بذلك أن يكون له محل اقامة أى موطن domicile فى مصر لأن هذا التفسير هو الذى يتفق مع حكمة التشريع وهى تيسير مقاضاة الدائن الكفيل(٤٩) . واستنادا الى هذه الحكمة ذاتها يمكن القول انه لا يلزم أن يكون الموطن العام للكفيل فى مصر بل يكفى أن يكون له فيها محل مختار لما ينشأ عن الكفالة من علاقات(٥٠) . ولا يشترط أن يكون الكفيل مصرى الجنسيه . بل يصح أن يكون أجنبيا ما دام مقيما فى مصر(٥١) .

ولا يكفى فى هذا الشرط كما فى الشرط السابق توافرهما وقت عقد

(٤٧ و ٤٨) السنهورى ص ٣٢ ، عبد الباقى ص ٥٦ ، مارتى ورينو فى التأمينات والشهر العقارى سنة ١٩٨٧ ص ٣٨. نبذة ٥٨. وانظر فى هذا المعنى المادة ١١٤٠ من المشروع التمهيدى لتنقيح القانون المدنى وقد رأت لجنة المراجعة حذفها اكتفاء بالقواعد العامة .

(٤٩) وانظر حجة أخرى مستمدة فى هذا المعنى من الاعمال التحضيرية فى كتاب الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات الشخصية والعينية ص ٥٤ هامش ١ .

(٥٠) أنظر فى هذا المعنى بيدان وفوارن نبذة ٦٨ .

(٥١) السنهورى فى المرجع السابق ص ٣٢ .

الكفالة ، بل لا بد من استمرارهما حتى انقضائها • فاذا نقل الكفيل موطنه من مصر ، أو ثبت اعساره جاز للدائن مطالبة المدين بتقديم كفيل غيره(٥٢) •

ويلاحظ أن توافر هذه الشروط الثلاثة فى الكفيل ليس ضروريا الا فى الحالات التى يكون فيها المدين ملتزما بتقديم كفيل ، وأنه ضرورى فى جميع هذه الحالات أى سواء كانت الكفالة قضائية أو قانونية أو اتفاقية • أما اذا قدم المدين كفيلا دون أن يكون ملزما بذلك أو تقدم الكفيل للدائن دون علم المدين ، فلا محل لاشتراط هذه الشروط عند تقديم الكفالة ، ولا لطلب تغيير الكفيل اذا أعسر أو نقل موطنه من مصر بعد عقد الكفالة • غير أنه لا يشترط لاعتبار المدين ملزما بتقديم كفيل أن يكون قد تعهد بذلك صراحة قبل عقد الكفالة ، بل يجوز استنباط تعهده بذلك من ظروف الحال • فاذا ثبت مثلا نشوء الدين المكفول والكفالة فى وقت واحد أو بورقة واحدة أمكن أن يستفاد من ذلك أن الدائن ما كان يقبل التعامل مع المدين دون الكفالة وأمكن أن يستخلص منه أن المدين قد التزم بتقديم كفيل ، فيجوز للدائن أن يطالب المدين بتغيير الكفيل اذا أعسر هذا أو نقل موطنه من مصر • اما التزام الكفيل بكفالة الدين المكفول فيجب أن يكون التعبير عنه صريحا كما سيجىء فى نبذة ٢٠ •

١٦ — الاستعاضة عن الكفالة بتامين عينى — اذا كان المدين ملتزما بتقديم كفيل ، وجب أن ينفذ هذا الالتزام عينا بأن يقدم كفيلا تتوافر فيه الشروط اللازمة كما تقدم • فاذا لم يستطع أن يقدم مثل هذا الكفيل ، أيجوز له أن يستبدل بتقديمه تأمينا عينيا ؟ •

فى القانون الفرنسى نصت المادة ٢٠٤١ مدنى فيما يتعلق بالكفالة القانونية والكفالة القضائية على أنه يجوز لمن لا يمكنه أن يقدم الكفيل

---

(٥٢) السنهورى فى المرجع السابق ص ٢٣ ، عبد الودود يحيى نبذة ١٤ ص ١٧ ، عبد الباقى نبذة ٢٢ ص ٥٦ ، منصور مصطفى ص ٢٣ هامش ٢ •

المطلوب منه أن يقدم رهن حيازة منقول gage ، ولم يرد مثل هذا النص فيما يتعلق بالكفالة الاتفاقية ، فقرر الفقه والقضاء أن هذا الحكم لا ينطبق على هذه الكفالة ولو أنهم انتقدوا ذلك من ناحية التشريع(٥٣) ، واختلفوا فى مدى تطبيقه على الكفالة القضائية والكفالة القانونية ، فذهب فريق الى اعتبار هذا النص استثناء من القواعد العامة يتعين تفسيره تفسيرا ضيقا بحيث لا يقبل من المدين أن يستبدل بالكفالة القضائية أو القانونية الا رهن حيازة منقول ، وذهبت الكثرة من أحكام المحاكم الى عكس ذلك استنادا الى أن الغرض من الكفالة تأمين الدين والى أن التأمينات العينية أجدى فى تحقيقه من الكفالة فيكون الدائن متعسفا اذا رفض رهنا رسميا كافيا بدلا من الكفالة •

وفى القانون المصرى كانت المادة ٦١١/٥٠١ مدنى قديم والمادة ٤٥٨/٣٩٩ مرافعات قديم تقرران للملتزم بتقديم كفيل فى جميع الأحوال « الخيار بين أن يأتى بكفيل مقتدر أو يودع فى صندوق المحكمة من النقود أو السندات ذات القيمة ما يساوى المحكوم به » ، أى أنهما قضتا على التفرقة التى أخذ بها القانون الفرنسى دون مسوغ بين الكفالة الاتفاقية وبين الكفالة القضائية والقانونية ، ولكنهما قضيتا بأن يجوز أن يستبدل بتقديم الكفالة ايداع النقود والسندات . فثار الخلاف عندنا فيما اذا كان يجوز للمدين أن يستبدل بالكفالة أى تأمين آخر غير ايداع النقود والسندات ، ورجح الرأى القائل بالايجاب دون تفرقة فى ذلك بين رهن رسمى ورهن حيازة منقول ورهن حيازة عقارى(٥٤) •

---

(٥٣) بيدان وفواران نبذة ٦٩ .

(٥٤) يلاحظ أن الاجماع أنعقد فى القانون الفرنسى على انه لا يجوز للمدين أن يستبدل بالكفالة رهن حيازة عقارى antichrèse لان هذا النوع من الرهن عندهم يختلف اختلافا كبيرا عن رهن الحيازة المنقول بحيث لا تجوز تسميته رهنا الا تجوزا . اذ هو لا يخول الدائن الا ان يستوفى دينه من ثمار العقار فلا يخوله بيعه ولا يعطيه فى حالة بيعه بناء على طلب دائن آخر حق التقدم فى استيفاء دينه من حاصل البيع . اما فى القانون المصرى فان رهن =

وقد أخذ التقنين الحالى بهذا الرأى اذ نص فى المادة ٧٧٤ منه على أنه اذا التزم المدين بتقديم كفيل ... كان له أن يقدم عوضا عن الكفيل تأمينا عينيا كافيا . وبناء على ذلك أصبح لا جدال فى أن القانون الحالى يجيز للمدين الملزم بتقديم كفيل سواء كان التزامه هذا بناء على اتفاق أو على نص قانونى أو على حكم قضائى أن يستبدل بتقديم الكفيل تقديم أى تأمين عينى بشرط أن يكون كافيا للوفاء بالالتزام المكفول(٥٥) ، ولو كان ذلك التأمين الآخر كفالة عينية مقدمة من كفيل آخر على مال مملوك له دون المدين أو الكفيل الاصلى(٥٦) .

ويقدر القاضى كفاية التأمين العينى الذى يقدمه المدين بدلا من الكفالة أو عدم كفايته .

١٦ — كفالة الكفيل — قد لا يكتفى الدائن بكفالة واحدة لدينه ، فيتطلب بعد ابرام الكفالة الاولى كفالة ثانية فيبرم مع الكفيل الثانى عقد كفالة للكفيل الاول ، ويسمى هذا الكفيل الثانى كفيل الكفيل certificateur أو المصدق .

وقد نصت على ذلك المادة ٧٩٧ مدنى بقولها انه تجوز كفالة الكفيل . وفى هذه الحالة لا يجوز للدائن ان يرجع على كفيل الكفيل قبل

= الحيازة العقارى لا يختلف من هذه الناحية عن رهن الحيازة المنقول ، فأمكن اعتباره تأمينا عينيا يجوز أن يستعاض به عن الكفالة .

(٥٥) وقد نصت المواد ٢٩٥ الى ٢٩٥ مرافعات على انه فى الاحوال التى لا يجوز فيها تنفيذ الحكم او الامر الا بكفالة يكون للملتزم بها الخيار بين أن يودع خزانة المحكمة من النقود او الاوراق المالية ما فيه الكفاية ، وبين أن يقبل ايداع ما يحصل من التنفيذ خزانة المحكمة او تسليم الشىء المأمور بتسليمه فى الحكم أو الامر الى حارس مقتدر . مارتى ورينو وجستاز ط ٢ سنة ١٩٨٧ نبذة ٦٤٣ و ٦٤٤ السنهورى ص ٣٤ ، وانظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ، فى مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٥ ص ٤٣٥ .

(٥٦) بلانيول وريبير وسافاتييه نبذة ١٥٢٥ ص ٩٧٧ ، عبد الودود يحيى نبذة ١٥ ص ١٨ ، السنهورى نبذة ١٤ ص ٣٥ .

رجوعه على الكفيل ، الا اذا كان كفيل الكفيل متضامنا مع الكفيل(٥٧) •

ويضمن كفيل الكفيل التزام الكفيل الذى كفله ، ولكنه يضمن أيضا بطريقة غير مباشرة التزام المدين • ولذلك فانه يملك ان يتمسك قبل الدائن بكافة الدفوع ، سواء ما يثبت له شخصيا من عقد كفالته ، أو ما يثبت منها للمدين أو للكفيل الاصلى •

وقد يبرم عقد الكفالة الثانى بين الكفيل الاول والكفيل الثانى لكى يرجع بها الكفيل الاول بعد وفائه الدين للدائن على الكفيل الثانى بما لم يستطع تحصيله من المدين الاصلى(٥٨) وهى تختلف فى ذلك عن كفالة الرجوع sous-cautionnement (٥٩) •

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه فى حالة ما اذا كفل بائعا كفيل متضامن على عقد البيع وكفل هذا الكفيل كفيل آخر ، متضامن معه أيضا بورقة على حدة ، كان للمشترى الذى أعطيت له ورقة الضمان أن يدخل مع البائع وكفيله ، كفيل الكفيل فى الدعوى بالمطالبة بالتضمينات لعدم تنفيذ عقد البيع(٦٠) •

---

(٥٧) السنهورى نبذة ٥٢ ص ١٧٨ ، عبد الودود يحيى نبذة ١٩ ص ٢٠ .

(٥٨) مارتى ورينو وجستاز ط ٢ سنة ١٩٨٧ نبذة ٦٢٣ و ٦٢٤ ، عبد الودود يحيى نبذة ٢٠ ص ٢١ .

(٥٩) أنظر فى هذه التفرقة سملر وديلبيك سنة ١٩٨٩ نبذة ٤٠ ص ٥٢ .

(٦٠) استئناف مختلط ١٣ ديسمبر ١٩٢٨ المحاماة ٩ — ٥٧٦ — ٣٥٦ .

الباب الثانى

اركان الكفـــالة

١٧ ـ أركان العقد ثلاثة ـ الكفالة كعقد من العقود الرضائية تتم بايجاب وقبول . ويتجه رضا الكفيل فيها الى التزامه بضـــمان الدين المكفول . ويكون سبب رضاه بذلك غالبا الحصول من الدائن على قـرض للمدين أو على مد أجل دين سابق ثابت فى ذمـة المدين . فلا بد من أن تتوافر فى الكفالة أركان العقد بوجه عام وهى ثلاثة : الرضا والمحـــل والسبب .

الفصـــل الأول

ركن الرضـــا فى الـــكفالة

١٨ ـ طرفا الكفالة ـ طرفا الكفالة هما الدائن والكفيل . فتنعقد الكفالة بمجرد توافق ارادتيهما عليها ، ودون حاجة الى رضا المدين لأنه ليس طرفا فيها . لكن لا بد فى انعقادها من تراضى طرفيها ، فلا يـــكفى رضا الكفيل وحده . بل لا بد فيـــه من رضا الدائن أيضا ولو رضـــاء ضمنيا(٦١) ويعتبر اتخاذ الدائن الاجراءات ضد الكفيل متضمنا رضاه بالكفاله(٦٢) .

---

(٦١) السنهورى نبذة ٢٩ ص ٧٢ ونبذة ٣٠ ص ٧٦ .

(٦٢) بودرى لاكانتينرى وقال فى الكفالة نبذة ٩٢٩ ص ٤٦٤ .

ويجوز كفالة شخص واحد بتنفيذ الالتزامات المترتبة على عقد معين فى ذمة عاقديه كليهما . فينعقد عقد الكفالة فى هذه الحالة بين الكفيل من جهة وكل من طرفى ذلك العقد بوصف كل منهما دائنا للاخر بمقتضى العقد المذكور المبرم بينهما(٦٣) . واذا عقدت الكفالة لمصلحة المدين ، كما هو الغالب فيها . فان ذلك لا يجعل المدين طرفا فيها ، وغاية الأمر أنه يجعله فى مركز المنتفع من اشتراط لمصلحة الغير ، ففى جميع الأحوال لا يحتاج فى انعقاد الكفالة الى رضا المدين .

وقد ذهبت المادة ٧٧٥ مدنى الى أبعد من ذلك حيث نصت على أنه « تجوز كفالة المدين بغير علمه . وتجوز أيضا رغم معارضته » .

١٩ ــ شرط الرضاء والتعبير عن الارادة ــ يشترط فى رضا الطرفين فى عقد الكفالة ما يشترط فى سائر العقود ، وبوجه خاص أن يتم تبادل التعبير عن ارادتين متطابقتين سليمتين وصادرتين من طرفين حائزين على الأهلية اللازمة .

وتنطبق فى كل ذلك وبخاصة فيما يتعلق بعيوب الرضا القواعد العامة فى العقود والالتزامات(٦٣مكرر) . فاذا أثبت الكفيل أن رضاه صدر عن غلط فى صفة جوهرية فى الالتزام المكفول كأن يكون قد اعتقد أن الدين المكفول ثمن بيع عقار مضمون بامتياز البائع فاذا به دين عادى جاز له أن يبطل الكفالة(٦٤) .

---

(٦٣) نقض مدنى ١٧ ابريل ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض ٢٠ ــ ٦١٦ ــ ١٠٠ .

(٦٣مكرر) انظر فى ذلك الوافى جـ٢ المجلد الاول فى نظرية العقد سنة ١٩٨٧ نبذة ١٩١ ص ٣٥٤ وما بعدها ، وانظر فى بعض التطبيقات الخاصة بالكفالة ، مارتى ورينو نبذة ٥٨٦ و ٥٨٩ .

(٦٤) وانظر فى عيوب الرضا الاخرى مارتى ورينو وجستاز جـ ٢ سنة ١٩٨٧ نبذة ٥٨٢ ص ٣٨٢ .

٢٠ — يشترط أن يكون رضا الكفيل صريحا — والأصل فى التعبير عن الارادة أنه يجوز أن يكون صريحا أو ضمنيا (المادة ٩٠ مدنى) •

غير أن القانون الفرنسى نص فى المادة ٢٠١٥ منه على أن « الكفالة لا تفترض ويجب أن تكون صريحة » • وقد فسر الفقه والقضاء هذا النص بأن المقصود به انما هو رضا الكفيل بالكفالة . فلا يصح أن يفترض ويجب أن يعبر عنه تعبيرا صريحا ، وذلك لخطورة الالتزام الذى تنشئه الكفالة فى ذمة الكفيل . أما الدائن فلا ضرر عليه من الكفالة ، واذن فلا حاجة الى أن يكون التعبير عن قبوله الكفالة صريحا(٦٥) •

ولم يرد فى التقنين المصرى الملغى نص يقابل نص المادة ٢٠١٥ مدنى فرنسى . ولكن الفقه والقضاء جريا عندنا أيضا على اشتراط أن يكون رضا الكفيل صريحا • ولم ير المشرع الحديث داعيا الى النص على ذلك فى التقنين الحالى اكتفاء منه ببيان قصده فى المذكرة الايضاحية حيث ذكر أن التزام الكفيل هو أساسا من الالتزامات التبرعية فيجب أن يستند الى رضاء صريح قاطع(٦٦) •

وبناء على ذلك لا يجوز استنباط ارادة الكفيل استنباطا اذا لم تكن واضحة صريحة • فاذا وضع شخص امضاءه الى جانب امضاء المدين • فلا يصح أن يستخلص من ذلك أنه قصد الكفالة لأن مجرد وضع امضائه على الورقة لا يعتبر تعبيرا صريحا عن نية الكفالة ويحتمل أن يكون قد قصد به مجرد الشهادة • فمجرد توصية شخص للدائن بأن يثق بمدينه لأن هذا المدين ملىء ولأنه يبادر الى تنفيذ التزاماته ، ولو كانت هذه التوصية قد أتت بعد سؤال الدائن هذا الشخص عن حالة المدين ، لا يعد رضاء بكفالة المدين اذ لا بد من أن يرضى هذا الشخص بكفالة المدين رضاء

---

(٦٥) بلانيول وريبير وسافاتييه ج ١١ نبذة ١٥٢٠ •

(٦٦) انظر مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٥ ص ٤٢٦ ، وعبد الباقى نبذة ٢٩ ، والسنهورى نبذة ٢٠ ص ١٧٦ وقارن عكس ذلك منصور مصطفى ص ٢٧ ، عبد الودود يحيى نبذة ٢٦ ص ٢٦ •

واضحا وان يعقد مع الدائن عقد كفالة(٦٧) • وقضت محكمة النقض بأنه اذا تعهد شخص كتابة لوزارة الأوقاف بأن يضمن أخاه وآخر سماه فى استئجار أرض معينة ثم لم يستأجر ذلك الاخ شيئا من هـــذه الارض واستأجر بعضها الشخص الآخر ، فان الضامن يكون غير ملزم بالقيـــام بما تعهد به من الضمان ويصبح فى حل من عدم القيام بالتزامه لأن صفقة الايجار لم تتم حسب اشتراطه (نقض مدنى ٢٣ نوفمبر ١٩٣٩ المجموعة الرسمية ٤١ ــ ١٥١ ــ ٥٩) •

ولا يقتضى اشتراط التعبير الصريح استعمال ألفاظ معينة كلفظ الكفالة والضمان ، بل يكفى استعمال أى لفظ يدل دلالة صريحـــة على استعداد الشخص لأن يفى الدين اذا لم يف به المدين •

وقاضى الموضوع هو الذى يقدر توافر التعبير الصريح عن نيـــة الكفالة أو عدم توافره •

٢١ ــ أهلية الطرفين فى الكفالة ــ اذا نظرنا الى الصورة البسيطة من الكفالة وهى التى يتقدم فيها الكفيل بضمان الدين خدمة منه للدائن دون مقابل ، بدت الكفالة عملا من أعمال التبرع . والكفيـــل متبرعا ، والدائن متبرعا اليه بهذه الخدمة ، ووجب اذن أن تتوافر فى الكفيل أهلية التبرع وأمكن الاكتفاء فى الدائن بأهلية الاغتناء • أى أنه يشـــترط فى الكفيل أن يكون بالغا رشده غير محجور عليه . والا وقعت الكفالة منه باطلة بطلانا مطلقا لا بطلانا نسبيا لأن القاصر ولو بلغ العشرين من عمره لا يكون ناقص الأهلية فحسب بالنسبة الى هذا النوع من الكفالة بـــل معدوم الأهلية أصلا(٦٨) •

---

(٦٧) السنهورى فى الوسيط جـ ١٠ نبذة ٢٩ ص ٣١ ؛ بلانيول وريبير وسافاتييه جـ ١١ نبذة ٥٢٠ ص ٩٧٢ . بودرى لاكانتينرى وفال نبـذة ٩٢١ ونبذة ٩٢٩ .

(٦٨) فى هذا المعنى السنهورى نبذة ٣٢ ص ٨٠ وعبد الباقى نبذة ٢٠ ، ومؤلفنا الوافى جـ ٢ المجلد الاول فى نظرية العقد سنة ١٩٨٧ نبذة ١٧٧ ص ٣٢٤ ، وانظر فى هذا المعنى مارتى ورينو فى التأمينات والشهر العقارى باريس ١٩٨٧ ص ٢٧٩ نبذة ٥٨ .

أما اذا نظرنا الى صورة الكفالة الغالبة فى العمل ، وهى التى يعقدها الكفيل لمصلحة المدين ، فيلتزم فيها الكفيل ازاء الدائن مقابل ما يشترطه عليه من مصلحة للمدين سواء كانت تلك المصلحة قرضا جديدا أو مدا لأجل دين سابق ، ظهر لنا أن الكفالة فى هذه الحالة لا تتمحض عن تبرع من الكفيل الى الدائن ، وأنها بما تنطوى عليه من اشتراط لمصلحة الغير تعتبر عملا من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر . وبناء على ذلك متى كانت الكفالة مقترنة بمنح القرض أو بمد أجل الدين السابق ، فانها تكون معه عملا قانونيا واحدا لا تكفى فيه أهلية الدائن للاغتناء بل لا بد من أن تتوافر فيه أهلية الأعمال الدائرة بين النفع والضرر ، ولا تشترط فيه أهلية الكفيل للتبرع بل تكفى فيه أهلية الأعمال الدائرة بين النفع والضرر أيضا ، أى أن درجة الأهلية المطلوبة فى كل من الطرفين واحدة فى هذه الصورة(٦٨مكرر) ، فيجب أن يكون كل منهما بالغا رشده غير محجور عليه ، والا وقعت الكفالة قابلة للابطال(٦٩) . واذا فقد الكفيل بعد عقد الكفالة الأهلية التى كان حائزا لها وقت عقدها ، فلا يكون لذلك أثر على الكفالة التى انعقدت صحيحة(٧٠) .

٢١ م — التوكيل فى الكفالة — ويجوز أن تتم الكفالة بطريق الوكالة . فاذا كانت الكفالة فى صورتها البسيطة التى تعتبر من أعمال التبرع ، كان لا بد فى مباشر الوكيل اياها من أن تكون وكالته محددة . وقد قضت محكمة النقض بأن الكفالة عقد ينطوى على تبرع ،

(٦٨مكرر) ولا يصح القول بامكان تحليل العملية فى هذه الصوره المركبة من ناحية الدائن بأن رضاه يشتمل على قبول الكفالة من جهة وعلى منح القرض او الاجل من جهة اخرى بحيث تكون اهلية الاعمال الدائرة مطلوبة لصحة الامر الثانى دون الاول ، لأن الامرين متلازمان فى قصد العاقدين ولأن فصلهما لن يؤدى الى اختلاف فى النتيجة اذ لو أعتبرنا الدائن متوافرة فيه اهلية قبول الكفالة دون اهلية منح القرض او الاجل ، فان تمسكه بابطال عقد القرض او منح الاجل يجعل التزام الكفيل معدوم السبب ويبطله .

(٦٩) السنهورى نبذة ٣٢ ص ٨٠ و ٨١ .

(٧٠) عبد الودود يحيى نبذة ١٤ .

فلا يسوغ أداؤه بطريق الوكالة الا بعد اثبات توكيل خاص به (المادة ٥١٦ مدنى قديم) ، فالتوقيع على عقد الكفالة بناء على توكيل مرخص فيه للوكيل بالاقرار والصلح لا يصح • على ان التوكيل العام فى جنس عمل — وان كان معتبرا بدون نص على موضوع العمل ، فهذا الحكم لا يسرى على التبرعات (المادة ٥١٧ مدنى قديم)(٧١) •

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن لا تعتبر الكفالة من أعمال الادارة ، بل يجب ان تحصل بتوكيل خاص (أى وكالة محددة) حتى يستطيع الوكيل أن يلزم الموكل بالمسئولية الناجمة عنها(٧٢) • اما ان كانت الكفالة فى صورتها المركبة التى تجعلها من الأعمال التى تدور بين النفع والضرر فتكفى فيها الوكالة الخاصة وفقا للمادة ٧٠٢ مدنى(٧٣) •

٢٢ — اثبات الكفالة — لم يكن فى التقنين الملغى نص خاص على اثبات الكفالة ، فكانت تسرى فى اثباتها القواعد العامة ، أى أنه كان يجوز اثباتها بالبينة اذا لم تجاوز قيمة الالتزام المكفول عشرة جنيهات (فى ظل القانون القديم) ويجب اثباتها بالكتابة اذا جاوزت ذلك •

أما القانون الحالى ، فقد نص فى المادة ٧٧٣ منه على أن « لا تثبت الكفالة الا بالكتابة ولو كان من الجائز اثبات الالتزام الأصلى بالبينة » . أى أنه أوجب اثبات الكفالة بالكتابة ولو كانت قيمة الالتزام الأصلى لا تجاوز مائة جنيه (بعد تعديل القانون)، ما لم يكن التزام الكفيل

---

(٧١) نقض مدنى اول ابريل ١٩٣٧ مجموعة القواعد القانونية ٢ — ١٤١ — ٤٩ ، ونقض مدنى ٢٥ مارس ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية ٥ — ٥٨٤ — ٢٩٣ ، التشريع والقضاء ١ — ٣٤٠ — ٢٢٧ ، وايضا استئناف مصر ٢٠ اكتوبر ١٩٤٦ المجموعة ٤٨ — ١٣١ — ٥٩ .

(٧٢) استئناف مختلط ٣١ يناير ١٩٣٥ المحاماة ١٦ — ٥٥٠ — ٢٤٧ .

(٧٣) نقض اول يناير ١٩٣٧ المحاماة ١٧ ص ١١٤٥ ، نقض ٢٥ مارس ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية ٥ — ٥٨٤ — ٢٩٣ التشريع والقضاء ١ — ٣٤٠ — ٢٢٧ ، استئناف مصر ٢٠ اكتوبر ١٩٤٦ المجموعة ٤٩ — ١٣١ — ٥٩ .

تجاريا ، كما فى ضمان الأوراق التجارية وتظهيرها ، فيجوز اثبات الكفالة بالبينة والقرائن(٧٤) .

على أن ذلك لا يسرى الا على اثبات رضا الكفيل وعندما يراد الاحتجاج بالكفالة عليه لأن اشتراط الكتابة لم يشرع الا لحمايته . أما اثبات رضا الدائن فيكون وفقا للقواعد العامة . وكذلك اذا أراد الكفيل اثبات الكفالة للرجوع بها على المدين(٧٥) .

ويدخل استخلاص الكفالة من وقائع الدعوى فى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع(٧٦) . وقد تقدم فى نبذة ٧ أن ايجاب الاثبات بالكتابة فى الكفالة لا يجعلها عقدا شكليا ، ولا يمس اعتبارها عقدا رضائيا ، فيجوز اثبات الكفالة بما يقوم مقام الكتابة أى بالاقرار أو اليمين كما يجوز اثباتها بالبينة اذا وجد أحد المسوغات التى تجيز الاثبات بالبينة استثناء فى الحالات التى تكون فيها الكتابة واجبة(٧٧) .

٢٣ — تفسير الكفالة — قد يكون التعبير عن الارادة صريحا وثابتا بالكتابة ولكنه مع ذلك يحتاج الى تفسير كما اذا وردت فى الكتابة عبارات متعارضة فى ظاهرها بعضها صريح فى معنى الكفالة والبعض الآخر لا يستقيم مع هذا المعنى . ففى هذه الحالة تطبق المادة ١٥١ مدنى التى

---

(٧٤) السنهورى نبذة ٣١ ص ٨٠ ، مارتى ورينو ص ٣٨٥ نبذة ٥٨٤ .

(٧٥) فى هذا المعنى عبد الباقى نبذة ٣٤ . وفى القانون الفرنسى كانت الكفالة تخضع لحكم المادة ١٣٢٦ مدنى فرنسى اى لضرورة تذييل الكفالة بعبارة Bon pour يليها ذكر المبلغ بكامل الحروف . وقد صدر قانون بتاريخ ١٢ يوليه ١٩٨٠ اكتفى فيما يتعلق بالكفالة بذكر اى بيان فيها يوضح صراحة العلم بطبيعة الالتزام او مداه

la connaissance de la nature et de l'étendue de l'obligation.

انظر فى ذلك مارتى ورينو ص ٣٨٦ نبذة ٥٨٤ .

(٧٦) نقض مدنى ١٧ ابريل ١٩٤١ المجموعة الرسمية ٤٢ — ٥٨٥ — ص ٢٦٣ .

(٧٧) انظر كتابنا الوافى جـ ٥ فى اصول الاثبات واجراءاته المجلد الثانى نبذة ٤٠٢ وما يليها .

تقضى بأن يفسر الشك لمصلحة المدين(٧٨) ، فيفسر الشك لمصلحة الكفيل بأن يستبعد معنى الكفالة ويغلب انعدامها .

واذا كانت العبارات المتعارضة بعضها يفيد التزام الشخص كمدين أصلى أو كشريك فى الدين والبعض الآخر يفيد التزامه على سبيل الكفالة ، فان تطبيق القاعدة المتقدمة يقضى بتغليب معنى الكفالة على معنى الالتزام الأصلى لأن ذلك هو الأصلح للملتزم .

ومتى ثبت قيام الكفالة ، فقد يحتاج الأمر الى تفسير عباراتها لتعيين مداها ، وعندئذ يتعين تفسيرها بكل دقة ودون توسع لأن الأصل فى الكفيل أنه يؤدى خدمة الى غيره فيفرض فيه أنه قصد أن يلتزم بالأقل لا بالأكثر(٧٩) .

---

(٧٨) راجع كتابنا الوافى جـ٢ المجلد الاول فى نظرية العقد سنة ١٩٨٧ نبذة ٢٥٧ ، ومصادر الالتزام سنة ١٩٥٩ نبذة ٢٦٠ .

(٧٩) انظر جرانمولان نبذة ٢٥ . وفى هذا المعنى نقض مدنى ٣١ مارس ١٩٤٩ المجموعة الرسمية ٤٢ — ٤٤١ — ٢١٤ وقد جاء فيه انه اذا استخلصت محكمة الموضوع من ظروف الدعوى ومن كون المتهم بعد ان كفله المسئول عن الحقوق المدنية على اعتبار انه مجرد محصل يحصل الاقساط المستحقة من العملاء ويوردها للشركة يوميا ، عينته الشركة من غير علم الكفيل وكيلا لها بمرتب اسبوعى ثابت تضاف اليه عمولة المبيعات واجازت له تسلم الايرادات من المحصلين وابقاءها طرفه ليوردها للشركة جملة فى كل اسبوع ، اذا استخلصت من كل ذلك ان الكفيل لا يمكن ان يضمن المتهم فى عمله الجديد لاختلافه اختلافا كبيرا عن العمل الاول فيما يختص بجسامة المسئولية ، فلا تثريب عليها فيه ولا يصح عده منها تغييراً لحقيقة الاتفاق ، وما جاء فيه من تخويل الشركة نقل المتهم الى فرع آخر من فروعها او ندبه لأى خدمة اخرى أو تعديل مرتبه مع بقاء الكفالة . وما دام تفسير المحكمة لعقد الاتفاق على هذه الصوره تسوغه الاعتبارات التى ذكرتها كما انه ليس فيه خروج عن مدلول عبارات الاتفاق وحقيقة المقصود منه ، فانها اذا نفت عن الكفيل مسئوليته عما وقع من المتهم فى عمله الجديد لم تتجاوز حقها القانونى فى تفسير عقد الاتفاق .

٢٤ — الوعد بالكفالة — يكون الوعد بالكفالة اما بين الواعد والدائن واما بين الواعد والمدين .

والفرض الأول كأن أعدك بأن أكفل لك فلانا اذا أنت أقرضته كذا ، فتقبل أنت هذا الوعد منى ، فأكون أنا ملزما بمقتضى وعدى أن أكفل لك فلانا هذا اذا أنت أقرضته المبلغ وطالبتنى بالكفالة . ولأن الكفالة عقد رضائى ينعقد وينتج جميع آثاره دون حاجة الى أى شكل أو اجراء خاص ، يعتبر الوعد بالكفالة بمثابة كفالة بمجرد حصول القرض من الدائن ومطالبته الواعد بالكفالة اذ يتحول الوعد بالكفالة الى كفالة كما يتحول الوعد بالبيع الى بيع(٨٠) ويجوز الزام الكفيل بالكفالة بصدور حكم من القضاء باعتبار الواعد كفيلا للمدين تسرى عليه جميع أحكام الكفالة(٨١) . فاذا كان كل من الوعد بالكفالة والقرض الذى حصل استنادا اليه ثابتا بالكتابة ، كانت هذه الكتابة ذاتها مثبتة للكفالة ، والا وجب الاثبات بالاقرار أو اليمين أو بالبينة والقرائن اذا وجد ما يسوغ ذلك وفقا للقانون(٨٢) .

واذا قبل الدائن الوعد بالكفالة محدودا بمدة معينة ، فان أقرض المدين خلال هذه المدة تحول الوعد بالكفالة الى كفالة ، وان لم يقرضه فى المدة المعينة انقضى الوعد بالكفالة .

والفرض الثانى كأن أعد المدين أن أكفله لدى دائنه فيقبل منى هذا الوعد . ويعتبر ذلك عقدا بينى وبين الموعود له متضمنا اشتراطا لمصلحة الغير ، ويعتبر الدائن هو المنتفع من هذا الاشتراط فيثبت له بموجب

---

(٨٠) انظر كتابنا الوافى جـ٣ المجلد الاول فى عقد البيع سنة ١٩٨٩ نبذة ٥٦ ص ١٤٦ .

(٨١) السنهورى نبذة ٢٩ ص ٧٥ ، بلانيول وريبير وسافاتييه نبذة ١٥٢ ص ٩٧٣ ، بودرى لاكانتينرى وفال نبذة ٩٢٧ .

(٨٢) انظر ما تقدم فى نبذة ٢٢ .

عقد الوعد حق مباشر قبلى يستطيع بموجبه أن يلزمنى بوفاء الديـــن باعتبارى كفيلا(٨٣) •

وفى كلا الفرضين يلزم وفقا للمادة ١٠٢ مدنى أن يتضمن الوعـد بالكفالة تعيين الدين الموعود بكفالته والمدة التى يتقيد خلالها الواعـــد بانجاز وعده وابرام الكفالة(٨٤) •

---

(٨٣) انظر الوافى جـ٢ المجلد الاول فى نظرية العقد سنة ١٩٨٨ نبذة ص ٢٢٣ ، السنهورى نبذة ٢٩ ص ٧٥ ونبذة ٣٠ ص ٧٦ .

(٨٤) انظر كتابنا الوافى جـ٢ المجلد الاول فى نظرية العقد نبذة ١١٢ ، ومصادر الالتزام نبذة ١١٣ .

الفصل الثانى

محل الكفالة

(أو ضمان الوفاء بالالتزام المكفول)

٢٥ — ما يشترط فى محل الكفالة — يشترط فى محل الكفالة ما يشترط فى محل سائر العقود أى أن يكون ممكنا ومعينا • ولأن محل الكفالة ضمان الوفاء بالالتزام المكفول ، يشترط فى هذا الالتزام الأخير — لكى يكون ضمانه ممكنا — أن يكون موجودا وصحيحا كما يجب أن يكون معينا • فلا يجوز أن ترد الكفالة على التزام معدوم أو باطل أو غير معين(٨٥) •

٢٦ — (أ) وجود الالتزام المكفول — لا بد فى الكفالة من وجود التزام يتعهد الكفيل بضمان الوفاء به اذا لم يف به المدين •

ولا يشترط فى هذا الالتزام أن يكون محله اعطاء مبلغ من النقود كما هو الغالب فى الالتزامات التى تعقد الكفالة لضمانها ، بل يجوز ان يكون محله اعطاء شىء آخر غير النقود أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ، فيتعهد الكفيل بأن يقوم بالعمل المطلوب مثلا اذا لم يقم به المدين(٨٦) •

---

(٨٥) مارتى ورينو فى التأمينات والشهر العقارى باريس سنة ١٩٨٧ ص ٣٧٦ نبذة ٥٧٧ وما بعدها .

(٨٦) بل يجوز ان يكون الالتزام المكفول هو نفسه كفالة ، فيضمن الكفيل الجديد التزام الكفيل الاول ويسمى كفيل الكفيل certificateur caution de la caution

انظر ما تقدم فى نبذة ١٦ م .

وإذا كان العمل المطلوب قد روعى فيه أن يقوم به المدين شخصيا لا أي شخص غيره ، يعتبر محل الكفالة ضمان وفاء المدين شخصيا بهذا العمل او ضمان ما قد يحكم به عليه من تعويضات جزاء اخلاله بالتزامه •

ومتى وجد الالتزام ، جازت كفالته ، مهما كان مصدره وأيا كانت اوصافه ، أى سواء كان الالتزام المكفول ناشئا من عقد أو من فعل ضار أو من فعل نافع أو من نص فى القانون • فتجوز كفالة دين النفقة كما تجوز كفالة القروض وكفالة التعويضات أو المبالغ الواجب ردها نتيجة للاثراء دون سبب ، وسواء كان الالتزام منجزا ، أو معلقا على شرط واقف أو فاسخ ، أو مقترنا بأجل (المادة ٧٧٨) •

فاذا لم يوجد الالتزام المكفول اصلا أو وجد على وجه غير الذى اتجهت ارادة الكفيل الى ضمانه(٨٧) ، أو وجد وانقضى قبل أن ترد عليه الكفالة ، امتنع انعقاد الكفالة لانعدام محلها •

غير أنه اذا كان الالتزام المكفول غير موجود وقت الكفالة ولكنه مزمع وجوده بعدها ، فانه يصلح محلا للكفالة باعتباره التزاما مستقبلا كما فى كفالة رصيد حساب جار أو عقد فتح اعتماد فى تاريخ معين(٨٨) ، وقد نص القانون صراحة على ذلك كما سيجيء فى نبذة ٢٩ •

٢٧ — (ب) صحة الالتزام المكفول — لا يعتبر للالتزام المكفول وجود حقيقى الا اذا كان صحيحا • فاذا نشأ الالتزام من عقد باطل ، كالهبة بغير عقد رسمى ودين القمار والربا الفاحش والتعهد بدين فى مقابل علاقات غير مشروعة ، فانه يكون باطلا لا وجود له ولا يصلح محلا للكفالة •

---

(٨٧) نقض ٢٣ نوفمبر ١٩٣٩ المجموعة ٤٣ — ١٥١ — ٥٩ .

(٨٨) تيرى فى التامينات والشهر العقارى باريس سنة ١٩٨٨ ص ٦٧ نبذة ٤٩ .

أما اذا كان الالتزام ناشئا من عقد قابل للابطال ، فانه يكون له وجود صحيح ويصلح محلا للكفالة الى أن يتمسك ذو الشأن فى ابطال العقد بابطاله ويتقرر بطلانه فينعدم بأثر رجعى ويعتبر كأن لم يكن فلا يعود يصلح محلا للكفالة وتبطل الكفالة التى عقدت بشأنه قبل أن يتقرر بطلانه ، وذلك سواء كانت قابلية العقد للابطال بسبب نقص فى أهلية أحد العاقدين أو بسبب عيب فى رضاه كالغلط والتدليس والاكراه أو الاستغلال . وقد نصت المادة ٧٧٦ مدنى على أن « لا تكون الكفالة صحيحة الا اذا كان الالتزام المكفول صحيحا(٨٩) » .

غير أننا سنرى أن المشرع أفرد حكما خاصا لكفالة الالتزام الناشىء من عقد قابل للابطال بسبب نقص فى أهلية المدين بهذا الالتزام (أنظر نبذة ٣٣ وما بعدها) .

٢٨ — (جـ) **تعيين الالتزام المكفول** — يتعين الالتزام المكفول تعيينا تاما بتعيين شخص كل من طرفيه الدائن والمدين وبتعيين محله ومصدره .

ولم يرد فى القانون نص صريح على ضرورة تعيين الالتزام المكفول بجميع أركانه ، ولكن القواعد العامة تقتضى أن يكون محل الكفالة معينا .

فيجب أولا وقبل كل شىء أن يعين المدين المكفول .

ويجب بداهة أن يكون الدائن معينا لأن الدائن طرف فى الكفالة وهى لا تعقد الا بينه وبين الكفيل ، فما لم يعين الدائن لا تكون ثمة كفالة .

---

(٨٩) ويلاحظ أن هذا النص ليس الا تقريرا لما تقضى به القواعد العامة . ولذلك لم ير مجلس النواب أول الامر داعيا له فقرر حذفه ، غير أن مجلس الشيوخ رأى ابقاءه لأهمية تقرير هذه القاعدة العامة تمهيدا للاستثناء الوارد عليها فى المادة التالية المتعلقة بكفالة التزام ناقص الاهلية بسبب نقص اهليته ، ودفعا للبس فى حالة كفالة التزام ناقص الاهلية دون علم الكفيل بنقص اهليته (انظر ما سيجىء فى نبذة ٣٥) .

أما اذا تعهد الكفيل للمدين أن يكفله لدى من يقرضه مبلغا معينا فان هذا التعهد فى ذاته لا يكون كفالة وانما يعتبر تعهدا منطويا على اشتراط لمصلحة الغير . ويجوز أن يكون المنتفع من هذا الاشتراط أى الدائن غير معين وقت حصوله ويكفى أن يعين فيما بعد وأن يقبل هذا الاشتراط الذى عقد لمصلحته فينشأ له حق مباشر قبل الكفيل .

وكذلك يجب تعيين الالتزام المكفول من حيث محله ومصدره ، اذ لا يكفى أن يضمن الكفيل مدينا معينا لدى دائن معين بل لا بد من تعيين نطاق هذا الضمان(٩٠) لبيان ما يشمله من الديون المستحقة لهذا الدائن فى ذمة ذلك المدين(٩١) ، على أن هذا التعيين يكفى فيه وقت عقد الكفالة بيان حدوده التى تؤدى الى حصر الديون المكفولة عند مطالبة الكفيل بها(٩٢) . فتكون الكفالة من هذه الناحية نوعين كفالة محددة

---

(٩٠) ويجوز ان يكون الدين المكفول ثابتا بسند جديد استبدل بسند قديم ، فتبقى الكفالة قائمة الى أن يتم وفاء الدين الثابت بالسند القديم (استئناف مختلط ٢٨ فبراير ١٨٩١) (٦ ص ٢١٧) .

(٩١) انظر نقض مدنى ٧ يناير ١٩٣٧ مجموعة القواعد القانونية ١ — ١٧٢ — ٩٧ وقد جاء فيه انه اذا كان الثابت من نصوص عقد الاجارة والمحرر المثبت لالتزام كفيل احد المستاجرين ان التأمين المشترك عن وفاء الاجرة هو بقدر اجرة سنة ، وان الكفيل كفل أحد المستاجرين فى نصف مبلغ التأمين وان المستاجر الاخر المتضامن معه قدم رهنا عقاريا عما يخصه من التأمين وقبل المؤجر هذين التأمينين — الشخصى والعينى — فان التكييف الصحيح لهذه الكفالة هو انها كفالة شخصية مقصورة على المكفول وبقدر ما هو ملزم به . فاذا جعلتها المحكمة متعدية الى الشريك فى الاجارة والزمته بناء على ذلك بمقدار ما دفعه الكفيل عن مكفوله . فهذا التكييف خطأ يستوجب نقض الحكم ، ذلك بان القانون يقضى بأن الكفيل الذى يضمن احد المدينين المتضامنين يملك قبل من كفلهم منهم الحق فى المطالبة بجميع ما دفعه عنه عملا بالمادة ٥٠٥ مدنى قديم وليس له قبل المدينين الاخرين الا احد سبيلين دعوى الحلول او دعوى الاثراء على حساب الغير .

(٩٢) انظر نقض مدنى ٢٣ نوفمبر ١٩٣٩ مجموعة القواعد القانونية ٢ — ١٥ — ٦ فهرس المجموعة المذكورة ص ٩٦٣ كفالة رقم ٣ وقد قرر انه =

وهى التى يعين فيها من وقت العقد مقدار الدين المكفول ومصـــدره ، وكفالة غير محددة وهى التى يعين فيها الدين المكفول بمصـــدره دون مقداره كما فى كفالة حساب جار أو كفالة تعويض الأضرار التى تنشأ من حادث معين ، أو التى يعين فيها مقدار الدين المكفول دون مصدره كمـا فى كفالة الديون التى تستحق فى ذمة مدين معين لدائن معين فى حـدود مبلغ كذا أو فى خلال مدة معينة(٩٣) .

ويجوز قصر الكفالة على مدة معينة ، فتنقضى الكفالة بانقضـــاء تلك المدة اذا لم يقم الدائن باتخاذ اجراءات التنفيذ الجبرى على أموال المدين عقب انتهاء المدة المذكورة مباشرة ، أو قام بها ولم يعلن الكفيل عقب انتهاء تلك الاجراءات بأنه سيرجع عليه بما لم يستطع تحصيله من المدين(٩٤) . واذا كان محل الكفالة المقصورة على مدة معينة دينا مستقبلا ولم يتحقق وجود هذا الدين فى المدة المعينة انقضت الكفالة بانتهاء تلك المـدة .

وقررت محكمة النقض جواز ورود الكفالة على أى التزام متى كان صحيحا وأيا كان نوعه أو مصدره ما دام يمكن تقديره نقدا أو يترتب على عدم تنفيذه الحكم بتعويضات(٩٥) .

= اذا قضت المحكمة بأن الكفالة المعطاة لشخص عندما يرسو عليـه مزاد استئجار اطيان انما كانت عن ايجار هذه الاطيان المعينة التى لم يتم استئجارها وانها لا تنسحب على ايجار اطيان اخرى تم استئجارها من صاحب الاطيان الاولى ، فلا شأن لمحكمة النقض بها متى كانت قد أوردت فى أسباب حكمهـا الاعتبارات التى رأت انها هى التى حملت الكفيل على الكفالة المقدمة وابرزت ما بين عملية الايجار التى تمت والعملية التى لم تتم من مغايرة ، وكان ما انتهت اليه من ذلك غير متعارض مع عبارات عقد الكفالة .

(٩٣) عبد الودود يحيى نبذة ١١ ص ١٢ ، س.م. ١٤ مايـو ١٩٤٣ (٥٤ ص ١٩٧) .

(٩٤) عبد الودود يحيي نبذة ١٨ ص ١٩ .

(٩٥) نقض مدنى ١٧ ابريل ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض ٢٠ — ٦١٦ — ١٠٠ .

واذا ادعى الكفيل ان الدائن سبق أن قبض جزءا من الدين المكفول والمطالب به حتى يمكن خصمه من المطالبة ، وقع عليه عبء اثبات ادعائه ، ولا على المحكمة ان لم تلزم الدائن بتقديم هذا الدليل(٩٦) .

٢٩ — كفالة الالتزام المستقبل — نصت المادة ٧٧٨ مدنى على جواز الكفالة فى الدين المستقبل اذا حدد مقدما المبلغ المكفول . على انه اذا كان الكفيل فى الدين المستقبل لم يعين مدة للكفالة ، كان له فى أى وقت ان يرجع فيها ما دام الدين المكفول لم ينشأ .

ويبين من ذلك ان القانون قد أجاز كفالة الدين المستقبل(٩٧) وانه اشترط فى ذلك تحديد مقدار الدين المكفول مقدما(٩٨)، فتجوز مثلا

---

(٩٦) نقض مدنى ٢١ نوفمبر ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض ١٨ — ١٧٢٠ — ٢٦٠ .

(٩٧) نقض مدنى ٢١ نوفمبر ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض ١٨ — ١٧٢٠ — ٢٦٠ .

(٩٨) قضت محكمة النقض بجواز كفالة الدين المستقبل فى القانون المدنى القديم ما دام تعيينه ممكنا فيما بعد (نقض مدنى ٩ مايو ١٩٧٢ مجموعة احكام النقض ٢٣ — ٨٢٨ — ١٢٩) .

وفى هذا المعنى نقض مدنى ١٤ يونيه ١٩٧٦ مجموعة احكام النقض ٢٧ — ١٩٤٥ — ٢٥٦ وقد جاء فيه ان كفالة الالتزام المستقبل مفادها اعتبار الكفيل ضامنا لالتزامات المدين خلال مدة الكفالة على الا تتجاوز الحد الاقصى المتفق على كفالته .

وقضت محكمة النقض بان عدم استظهار الحكم ان العقد الذى كفله الكفيل اجاز لاى من الدائن او المدين اجراء تحويل اعتمادات اخرى الى العقد المكفول وعدم استجابة المحكمة الى طلب الكفيل الزام الدائن بتقديم حساب بالمبالغ التى سحبها المدين من الاعتماد المكفول او ندب خبير . خطأ وقصور (نقض مدنى ٢٩ فبراير ١٩٧٢ مجموعة احكام النقض ٢٣ — ٢٦٨ — ٤٢) .

وكذلك قضت بان مؤدى سريان خطاب الضمان خلال مدة معينة هو التزام البنك بوفاء قيمته خلال هذه المدة بحيث لا يعتبر التاريخ الوارد فيه هو بداية استحقاق التزام البنك بل يلتزم البنك بالدفع طوال مدة الضمان حتى التاريخ المذكور فى خطاب الضمان باعتباره حدا اقصى ، وبان خطاب —

كفالة الدين الذى يفتح به اعتماد لمصلحة المدين ouverture de crédit
والدين الذى يسفر عنه حساب compte-courant
والدين الذى يعطى فيه خطاب ضمان lettre de garantie
ان يعين فى الكفالة الحد الاقصى الذى يلتزم الكفيل بضمانه(٩٩) .

وقد قضت محكمة النقض تطبيقا لذلك بأن كفالة الالتزامات الناشئة عن الحساب الجارى هى كفالة دين مستقبل لا يتعين مقداره الا عند قفل الحساب وتصفيته واستخراج الرصيد ، ومن ثم فلا تصح هذه الكفالة — وفقا لنص المادة ٧٧٨ مدنى — الا اذا حدد الطرفان مقدما فى عقد الكفالة قدر الدين الذى يضمنه الكفيل . واذ كان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر فى قضائه وانتهى الى أن العقد المبرم بين الطرفين قد تضمن كفالة المدين فى التوريد فى حدود المبلغ الذى تسلمه ، وقد ورد المدين أقطانا تزيد قيمتها على هذا المبلغ ، ولم يتضمن العقد تحديدا لأى مبلغ يكفله المطعون ضده عن رصيد الحساب الجارى للعمليات الاخرى ، مما جعله غير مسئول عن كفالة هذا الرصيد ، فانه لا يكون

= الضمان وان صدر تنفيذا للعقد المبرم بين البنك والمدين المتعامل معه ، الا أن علاقة البنك بالمستفيد الذى صدر خطاب الضمان لصالحه هى علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل ، اذ يلتزم البنك بمقتضى خطاب الضمان وبمجرد اصداره ووصوله الى المستفيد بوفاء المبلغ الذى يطالب به هذا الاخير باعتباره حقا له بحكمه خطاب الضمان ما دام هو فى حدود التزام البنك المبين به ، ويكون على المدين عميل البنك أن يبدأ هو بالشكوى الى القضاء اذا قدر انه غير مدين للمستفيد او ان مديونيته لا تبرر ما حصل عليه المستفيد من البنك (نقض مدنى ٢٧ مايو ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض ٢٠ — ٨١١ — ٩٢٨) .

وقضت ايضا بان ضمان المؤسسة العامة لتجارة وتوزيع الادوية دين البنك قبل مستورد الادوية بسبب الاعتماد المستندى المفتوح من البنك هو كفالة شخصية من هذه المؤسسة لدين البنك لا ينقضى بها الدين المكفول (نقض مدنى ٢٢ يونيه ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض ١٨ — ١٣٣٩ — ٢٠٣).

(٩٩) السنهورى فى الوسيط نبذة ٣٤ ص ٨٤ ، عبد الباقى نبذة ٤٠ ص ٨٩ .

قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه(١٠٠) •

وقضت أيضا بأن كفالة عقد فتح الاعتماد لا تضـمن الا التزامات العميل الناشئة من تنفيذ هذا العقد وحده ولا تمتد الى ما ينشأ منهـا فى ذمته قبل فتح الاعتماد أو بعده أو بالمخالفة لشروطه(١٠١) •

كما قضت بأنه اذا دفع الكفيل بعدم نشوء الدين فى ذمة المدين بدليل عدم توقيع هذا الاخير على سند المديونية ، وان كفالته فى دين مستقبل ، ورفض هذا الدفاع تأسيسا على ان الكفيل محام ولا يتبادر الى الذهن الا انه وقع على السند بعد أن قبض نجله الدين الثابت به ، فضلا عن انه ليس للمستأنف عليه ان يتحدى بأنه وقع السند باعتباره ضامنـــا لنجله فى دين مستقبل بعد ان وعده المستأنف بأنه سيقوم بدفع هـــذا المبلغ لنجله المذكور ، لأن هذه الاقوال المرسلة لاتكفى لهدم ماثبت من سند المديونية من ان الدين تم قبضه من المدين الاصلى ، فان هذا الذى قرره الحكم لا يصلح ردا على دفاع الطاعن لأن توقيع الطاعن بصفته ضامنا متضامنا على السند المطالب بقيمته والذى خلا من توقيع المدين لا يدل بذاته على وجود الدين المكفول فى ذمة هذا الاخير ، كما ان القـــول بدراية الطاعن الواسعة بالقانون لا يصلح تبريرا لقضائه فى هـــذا الخصوص ، طالما كان القانون يجيز الكفالة فى الدين المستقبل اذا حـــدد مقدما المبلغ المكفول • اذ كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيـــه قد خلط بين اثبات الالتزام الاصلى والالتزام التابع ، وكانت القرائن التى ساقها لا تؤدى الى النتيجة التى انتهى اليها فى خصوص اثبات الدين ، فـــانه يكون مشوبا بالفساد فى الاستدلال والخطـــأ فى القـــانون(١٠٢) •

---

(١٠٠) نقض مدنى ١٥ مارس ١٩٧٦ مجموعة احكام النقض ٢٧ — ٦٣٧ — ١٢٧ .

(١٠١) نقض مدنى ٢٩ فبراير ١٩٧٢ مجموعة احـــكام النقض ٢٣ — ٨١٨ — ١٢٩ .

(١٠٢) نقض مدنى ٢٨ ديسمبر ١٩٧٢ مجموعة احكام النقض ٢٣ — ١٤٨٧ — ٢٣٢ .

ويجوز ان تكون الكفالة فى هذه الحالة محددة المدة أو غير محددة المـــدة •

ففى الحالة الأولى تعتبر الكفالة معلقة على شرط نشوء الدين فى المدة المحددة ومقصورة على ما ينشأ منه خلالها • فاذا سحب المدين شيئا من الإعتماد المفتوح أو صار حسابه مدينا قبل انقضاء المدة المعينة تحقــق الشرط والتزم الكفيل بضمان المبلغ المسحوب أو الرصيد المدين يـــوم انقضاء هذه المدة فى حدود الحد الاقصى الذى ضمنه الكفيل(١٠٣) •

ولا يجوز للكفيل أن يتحلل من الكفالة قبل حلول الاجـــل المعين لانتهائها والذى يتبين فيه تحقق الشرط أو نشوء الدين أو عدمه(١٠٤) •

ويرى البعض ان تعهد الكفيل فى هذه الحالة لا يكون — قبل نشوء الدين المكفول — كفاله حقيقية ، بل مجرد وعد بالكفالة ، ولا يلزم الكفيل بوفاء الدين المكفول ما دام هذا الدين لم ينشأ ، وانما يلزم فقـــط بأن يضمن وفاءه عند نشوئه فاذا ســـحب وعــده قبل الميعاد وقبـــل أن يتبين نشوء الدين المكفول أو عدمه ، كان ذلك اخلالا منـــه بوعــده موجبا مسئوليته والزامه بتعويض ، لا عن عدم وفاء الدين ، بل عن عدم قيامه بكفالة هذا الدين(١٠٥) •

وفى الحالة الثـــانية نصت المادة ٢/٧٧٨ مدنى على انه اذا كان الكفيل فى الدين المستقبل لم يعين مدة للكفالة ، كان له فى أى وقت أن يرجع فيها ما دام الدين المكفول لم ينشأ •

---

(١٠٣) نقض مدنى ١٤ يونيه ١٩٧٦ مجموعة احكام النقض ٢٧ — ١٣٤٥ — ٢٥٦ .

(١٠٤) نقض مدنى ٩ مايو ١٩٧٢مجموعة أحكام النقض ٢٣ — ٨٢٨ — ١٢٩ .

(١٠٥) مرديه ، فى الحقوق الاصلية ص ٦٣ .

ويلاحظ على هذا النص انه استعمل فى التعبير عن المعنى المقصود عبارة الرجوع فى الكفالة وان استعمال هذه العبارة اقتضى من المشرع ان يشترط فى الرجوع فى الكفالة عدم نشوء الدين قبله ، وأن ذلك قد يفيد أن المشرع اعتبر ما سماه رجوعا فى الكفالة الغاء لها ، فاحتاط له بأن قيده بعدم الاضرار بالدائن ، فاشترط فى صحته أن لا يكون الدين قد نشأ • وقد يرتب على ذلك أن لبس للكفيل أن يتحلل من الكفالة أو يضع حدا لها ما دام المدين قد سحب شيئا من الاعتماد المفتوح أو قد صار حسابه الجارى مدينا ولو بمبلغ ضئيل ، فيبقى ملتزما بالكفالة فى حدود القدر الأقصى الذى عينه للمبلغ المكفول ولكن لمدة لا نهاية لها • ولا شك أن هذه النتيجة لا يمكن التسليم بها •

والتكييف الصحيح للكفالة فى هذه الحالة أنها تكون عقدا غير محدد المدة وأنه لا يعقل أن يكون المقصود بها أن تلزم الكفيل الى الأبد ، فتعتبر مدتها متوقفة على مشيئته ، فيجوز له أن يضع حدا لها بارادته ، ويكون ذلك باعلان ارادته هذه الى الدائن ، ولا تنتج هذه الارادة أثرها فى وضع حد للكفالة الا من الوقت الذى تتصل فيه بعلم الدائن وفقا للمادة ٩١ مدنى •

وهذا الأثر ليس سوى تحديد مدة للكفالة ، فتنقلب الكفالة من عقد غير محدد المدة الى عقد محدد المدة ، وتسرى عليها اذن الأحكام التى تقدمت بشأن الكفالة محددة المدة (نبذة ٤٨) •

فاذا لم يكن الدين المكفول قد نشأ فى الوقت الذى عينه الكفيل حدا للكفالة ، اعتبرت الكفالة أنها كانت معلقة على شرط واقف وأن هذا الشرط لم يتحقق فى الوقت المناسب فتصبح الكفالة كأن لم تكن (وفى هذه الصورة يبدو اعلان الكفيل ارادته فى وضع حد للكفالة كأنه رجوع فى الكفالة ولو أنه فى الحقيقة ليس كذلك) • أما اذا كان الدين المكفول قد تحقق بعضه فى ذمة المدين فى الوقت الذى عينه الكفيل حدا للكفالة ، فان

الكفالة تقتصر على هذا القدر من الدين ولا يسأل الكفيل عما يجاوزه بعد ذلك(١٠٦) .

٣٠ — كفالة الالتزام الشرطى — رأينا أنه يجوز كفالة الالتزام المستقبل وأن الكفالة تعتبر فى هذه الحالة معلقة على شرط واقف هو تحقق الالتزام المكفول .

وقد نصت المادة ٧٧٨ فقرة أولى مدنى على أن تجوز كذلك كفالة الدين الشرطى ، ولم تفرق فى ذلك بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ .

فاذا ضمن الكفيل التزاما شرطيا ، صحت كفالته .

وسواء صدرت ارادة الكفيل بالكفالة معلقة على الشرط أو منجزة : يكون التزامه معلقا على مصير الشرط الذى علق عليه الالتزام المكفول . وذلك نتيجة لتبعية التزام الكفيل للالتزام المكفول . فاذا تحقق الشرط الواقف للالتزام المكفول صار كل من المدين والكفيل ملزما . والا سقط الالتزام عن كل منهما . واذا تحقق الشرط الفاسخ انقضى الالتزام المكفول وانقضت الكفالة تبعا لانقضائه . والا تأيد الالتزام المكفول ولزمت الكفالة الكفيل(١٠٧) .

وسواء كان الدين المكفول معلقا على أجل أو شرط أو مقترنا بشرط : فان الكفيل يفيد من هذا التعليق ، ولا يجوز للدائن مطالبته بالوفاء قبل حلول الاجل أو تحقق الشرط . ولذلك لا يجوز للمدين الاصلى ولا لدائنه أن يسوىء مركز الكفيل أو يزيد فى عبء التزامه . فاذا كان الالتزام المكفول معلقا على أجل أو على شرط واقف ونزل المدين عن الاجل أو

---

(١٠٦) بلانيول وريبير وسافاتييه نبذة ١٥٣٣ ص ٩٨٣ ، السنهورى فى الوسيط جـ١ نبذة ٣٤ ص ٨٤ .

(١٠٧) السنهورى فى الوسيط جـ١ نبذة ٣٤ ص ٨٣ .

الشرط ، بحيث صار التزامه منجزا ، فان هذا النزول لا يسرى فى حق الكفيل ويبقى لهذا الاخير ان يتمسك بالاجل أو بعدم تحقق الشرط . وكذلك اذا سقط أجل الدين بخطأ المدين أو بفعله ، فيكون من حق الكفيل رفض الوفاء الى أن يحل أجل الدين الذى كان محددا قبل سقوطه(١٠٨). (أنظر ما سيجىء فى نبذة ٤٣ عن نص المادة ٧٨٠ مدنى) .

٣١ — **كفالة الالتزام الطبيعى** — يرى كثير من الشراح جواز كفالة الالتزام الطبيعى كالالتزام الذى يتخلف عن تقادم دين مدنى أو عن ابطال عقد بسبب نقص أهلية أحد العاقدين ، ولكنهم يقولون ان الدائن لا يجوز له فى هذه الحالة أن يرفع الدعوى على الكفيل كما لا يجوز له أن يرفعها على المدين ، لأنه لا يجوز أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين(١٠٩) .

وظاهر أن هذا القول غير مجد اذ لا فائدة من التزام الكفيل اذا كان لا يجوز للدائن أن يطالبه به ، فليس الغرض من الكفالة أن يلتزم الكفيل التزاما طبيعيا وانما المقصود أن يلتزم التزاما مدنيا .

لذلك ذهب فريق آخر الى أن كفالة الالتزام الطبيعى صحيحة وأن الكفيل فيها يكون ملزما مدنيا بوفاء الدين الذى يعتبر طبيعيا فى ذمة المدين وعللوا ذلك بأن تقدم الكفيل لضمان التزام طبيعى للدائن يمكن اعتباره تعهدا ولو ضمنيا بالوفاء به وحينئذ تصح الكفالة باعتبار الكفيل قابلا رفع الدين الطبيعى الى مرتبة الدين المدنى(١١٠) ، واستند فقهاء القانون الفرنسى فى ذلك الى سوابق القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم

---

(١٠٨) فى هذا المعنى السنهورى جـ ١٠ نبذة ٤٠٦ ص ٧٥٤ .
(١٠٩) فى هذا المعنى السنهورى فى الوسيط جـ٢ نبذة ٤٠٣ ص ٧٥٤ .
(١١٠) شفيق شحاته فى التأمين العينى سنة ١٩٥٢ ص ٦٣ ، اسماعيل غانم ص ٣٢٣ ، عبد الباقى ص ٩٢ ، انور سلطان ص ٣٤ ، حجازى نبذة ٣٦ ، محمد على امام ص ٧٣ ، البدراوى فى رسالته ص ٣٠٥ .

والى نص المادة ٢٠١٢ فقرة ثانية مدنى فرنسى المتعلقة بكفالة دين القاصر باعتبار أن القاصر اذا تمسك ببطلان دينه بسبب نقص أهليته تخلف فى ذمته دين طبيعى ولم يؤثر ذلك فى بقاء الكفيل ملتزما مدنيا بوفاء هـــذا الدين •

اما عن سوابق القانون الرومانى والقانون الفرنسى القـــديم ، فلا يصح الاستناد اليها فى هذا المقام لأن الالتزام الطبيعى قد تطور على مر العصور فاتسعت فى العصر الحديث دائرته وانكمشت آثاره فلم يعد لـــه من أثر الا صحة الوفاء به (المادة ٢٠١ مدنى) وصحة التعهد بالوفاء به أو صلاحيته لأن يكون سببا لالتزام مدنى (المادة ٢٠٢ مدنى)(١١١) •

أما عن المادة ٢٠١٢ فقرة ثانية مدنى فرنسى (وهى تقابل المــادة ٤٩٦/٦٠٥ مدنى قديم والمادة ٧٧٧ مدنى)، فلا يستقيم تفســـيرها بأنها كفالة التزام طبيعى ، وسنرى أنها فى الواقع تعتبر الكفيل ملتزما التزاما أصليا بوفاء دين القاصر أو ناقص الأهلية •

يبقى الاعتراض الأصلى اذن قائما وهو أنه لا يجوز أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين • ولذلك يتعين القول بأن الالتزام الطبيعى لا يصلح محلا للكفالة(١١٢) •

---

(١١١) انظر كتابنا الوافى جـ ٢ المجلد الرابع فى أحكام الالتزام سنة ١٩٩٢ نبذة ١٤ وما بعدها .

(١١٢) وكانت لجنة المرحوم كامل صدقى باشا قد بحثت هذا الموضوع واستقرت فى شأنه على جواز كفالة الالتزامات الطبيعية ووضعت نصا لذلك نقله عنها المشروع التمهيدى لتنقيح القانون المدنى فى المادة ١١٣٥ مكررة وهو يقضى بان « تجوز كفالة الالتزام الطبيعى ما دام غير مخالف للنظام العـــام او للاداب » غير ان لجنة المراجعة رات ان حكم هذه المادة محل خـــلاف فقررت حذفها وترك الحكم فى موضوعها للقواعد العامة . وظاهر ان هذه القـــواعد تقتضى الا يكون التزام الكفيل اشد من التزام المدين ، فلا تجيز التزام الكفيل التزاما مدنيا بضمان وفاء المدين بدين طبيعى .

غير أنه اذا قدم المدين بالالتزام الطبيعي كفيلا الى الدائن ، فان تقديمه الكفالة يمكن اعتباره متضمنا نية الالتزام مدنيا بوفاء ذلك الدين الطبيعي ، وتكون الكفالة صحيحة باعتبار أن محلها ضمان الوفاء بالدين المدني الجديد(١١٣) •

٣٢ — كفالة الالتزام الباطل — تقدم أنه يشترط فى صحة الكفالة أن يكون الالتزام المكفول صحيحا ، فاذا كان هذا الالتزام باطلا أو تقرر بطلانه بطلت الكفالة تبعا له(١١٤) •

ولكن ألا يترتب على التزام الكفيل أى أثر قانوني باعتباره التزاما أصليا اذا كان الالتزام الأصلي ليس باطلا بل قابلا للابطال فقط ؟•

تقضى القواعد العامة بأن نفرق فى ذلك بين ما اذا كان الكفيل عالما بسبب قابلية الالتزام الأصلي للابطال أو غير عالم به • فان كانت الثانية بطلت الكفالة بتقرير بطلان الالتزام الأصلي ولم يترتب عليها أى أثر لأن الكفيل لا يكون قد قصد أن يلتزم بصفة أصلية وانما اعتقد أنه يكفل التزاما أصليا صحيحا يجوز له الرجوع به على المدين متى وفاه فى حين أن الالتزام المكفول ظهر أنه باطل لا يخول وفاؤه رجوعا على المدين ، بل يعتبر الكفيل فى هذه الحالة واقعا فى غلط جوهرى فى محل التزامه ، فيجوز

= ويلاحظ ان ما حدا لجنة المرحوم كامل صدقي باشا الى اعتماد النص الذى اقرته هو انها كانت سبقت أن اقرت نصا يقضي بجواز كفالة التزام عديم الاهلية . فاحتج بعض الاعضاء بأنه اذا كان يجوز كفالة التزام عديم الاهلية وهو قد يكون باطلا بطلانا مطلقا كما فى التزام المجنون ، فان الالتزام الطبيعي يكون اولى بجواز كفالته . وقد اخذت اللجنة بهذه الحجة نزولا على حكم المنطق .

وقد عدل فيما بعد النص الخاص بكفالة التزام عديم الاهلية بقصر حكمه على كفالة التزام ناقص الاهلية فقط (المادة ٧٧٧ مدنى جديد) ، فسقطت بذلك الحجة التى كان انبنى عليها النص الذى كان يرمي الى اجازة كفالة الالتزامات الطبيعية (انظر مجموعة الاعمال التحضيرية جـ٥ هامش ص ٤٤٣ وما بعدها) .

(١١٣) فى هذا المعنى عبد الباقي نبذة ٤٩ .

(١١٤) السنهورى فى الوسيط جـ١٠ نبذة ٢٠ ص ٤٢ .

له أن يبطل التزامه ما لم يجز المدين التزامه بعد زوال سبب البطلان •

وان كانت الأولى ، فاما آن يكون الكفيل قد راعى فى الكفالة احتمال عدم تمسك المدين ببطلان الالتزام الأصلى وقصد الكفالة فى حالة تحقق هذا الاحتمال فقط ، واما أن لا يكون قد راعى ذلك وقصد الالتزام سواء تحقق الاحتمال المذكور أو لم يتحقق • ففى الحالة الأولى يكون الكفيل قد قصد أن يلتزم بالكفالة فى حدود التزام المدين ، على أن يرجع عليه بالدين اذا هو وفاه عنه ، فيكون التزامه تابعا لالتزام المدين ولا يمكن اعتباره ملتزما التزاما أصليا ويبطل التزامه متى تقرر بطلان الالتزام الأصلى • أما فى الحالة الثانية فيحتمل أن يكون قد قصد أن يؤمن الدائن ضد خطر تمسك المدين بالبطلان فيعتبر متعهدا عن المدين بعدم تمسكه بالبطلان وتبرأ ذمته اذا نزل المدين عن حقه فى طلب البطلان ما لم يكن قد تعهد فوق ذلك بضمان الوفاء بالالتزام • أما ان تمسك المدين بالبطلان ، اعتبر الكفيل مخلا بتعهده عن الغير ووجب عليه تعويض الدائن بوفاء الالتزام المكفول بدلا من المدين • ويحتمل كذلك أن يكون قد قبل أن يوفى بالالتزام القابل للابطال سواء تمسك المدين بالبطلان أو لم يتمسك ، بقطع النظر عن رجوعه على المدين ، فيجوز اعتباره ملتزما أصليا بالدين متى ثبت أنه قصد ذلك •

هذا هو ما تقضى به القواعد العامة فى مختلف صور كفالة الالتزامات الناشئة عن عقود قابلة للابطال ، سواء كان سبب الابطال نقص فى الأهلية أو عيب فى الرضا كغلط أو تدليس أو اكراه وفقا لما يثبت أن نية الكفيل قد اتجهت اليه فى كل صورة على حدة • وقد طبقه المشرع تطبيقا خاصا على كفالة التزام ناقص الأهلية وسكت عن تطبيقه على كفالة الالتزام القابل للابطال بسبب عيب فى الرضا •

٣٣ — كفالة التزام ناقص الاهلية — (أ) فى القانون الفرنسى — نصت المادة ٢٠١٢ مدنى فرنسى على أن لا تجوز الكفالة الا فى التزام صحيح • — ومع ذلك تجوز كفالة الالتزام الذى يكون قابلا للابطال

لسبب خاص بشخص المدين كالقصر مثلا(١١٥) •

ويبين من نصها أن القاعدة هي أن الكفالة لا تجوز الا فى التـــزام صحيح أى أن الكفالة تكون باطلة اذا كان الالتزام المكفول باطلا ، وأن الالتزام القابل للابطال لسبب خاص بشخص المدين ، أو على الأقل التزام القاصر ، مستثنى من هذه القاعدة ، فتصح كفالته مع قابليته للابطال ، وأن النص لم يفرق فى ذلك بين ما اذا كان الكفيل عالما بقصر المدين أو غير عالم به •

وقد علل الشراح هذا الاستثناء بما ورد فى الأعمال التحضيرية من أنه يفرض فى الكفيل أنه انما كفل المدين القاصر ليدرأ عن الدائن خطر تمسك القاصر ببطلان التزامه •

ويلاحظ على هذا التعليل أولا أنه لا ينطبق الا على الحـــالة التى يكون فيها الكفيل عالما بقصر المدين وقاصدا أن يدرأ عن الدائن خطـــر تمسك المدين بنقص أهليته فى حين أن النص على هذا الاستثناء قد ورد فى صيغة عامة مطلقة لا تفرق بين حالة علم الكفيل بقصر المدين وحـــالة عدم علمه بذلك •

ويلاحظ ثانيا أن القصر لم يذكر فى الفقرة الثانية من المادة ٢٠١٢ الا على سبيل التمثيل للدفع الشخصى المحض • ولذلك طبقت الشراح والمحاكم حكمه على جميع أحوال نقص الأهلية كالتزام المحجور عليـــه والتزام الزوجة (قبل صدور قانون ١٨ فبراير ١٩٣٨ الذى خولها الأهلية

---

(١١٥)

(Le cautionnement ne peut exister que sudr une obligation valable. — On peut néanmoins cautionner une obligation encore puelle peut être annulée par une exception purement personnelle à l'oblige, par exemple, dans le cas minorité.

الكاملة) الخ • غير أنهم رفضوا تطبيق حكمه على الالتزامات القابلة للابطال لأسباب أخرى خاصة بالمدين كالغلط والتدليس والاكراه استنادا منهم الى ارادة المشرع الواضحة من الأعمال التحضيرية وعللوا هذه التفرقة بأن ابطال الالتزام الأصلى فى حالة نقص الأهلية يتخلف عنه التزام طبيعى يصلح لأن يكون محلا للكفالة • أما فى الحالات الأخرى فلا يتخلف عن ابطال الالتزام شيء ، فلا يكون ثمة محل للكفالة •

غير أن هذا التعليل ليس كافيا ، وذلك لما تقدم من أن الالتزامات الطبيعية لا تصح كفالتها •

لذلك لم يسع فريق كبير من الشراح الفرنسيين الا التسليم بأن فى حكم المادة ٢٠١٢ فقرة ثانية شذوذا تشريعيا من ناحيتين : (١) من حيث انه يستبقى لالتزام التابع بالرغم من ابطال الالتزام الأصلى ، (٢) ومن حيث انه يفرق دون مبرر بين الالتزامات القابلة للابطال بسبب نقص فى الأهلية وما يكون قابلا للابطال بسبب عيب فى الرضا •

وقد رأينا أن تطبيق القواعد العامة يمكن أن يؤدى الى استبقاء التزام الكفيل مع بطلان التزام المدين اذا ثبت علم الكفيل بسبب البطلان واتجاه ارادته الى الالتزام بصفة أصلية ليدرأ عن الدائن خطر تمسك المدين بالبطلان • فيقتصر شذوذ المادة ٢٠١٢ فقرة ثانية من هذه الناحية على الحالة التى لا يكون الكفيل فيها قد علم بسبب البطلان • كما رأينا أن القواعد العامة تجيز اعتبار الكفيل الذى علم بسبب البطلان ملتزما أصليا دون تفرقة فى أسباب البطلان بين نقص الأهلية وبين عيوب الرضا(١١٦) •

---

(١١٦) انظر فى ذلك ايضا تيرى فى التأمينات والشهر العقارى باريس سنة ١٩٨٨ ص ٧٧ نبذة ٥٢

٣٤ ـ (ب) فى التقنين المصرى المدنى ـ نصت المادة ٤٩٩/٦٠٥ منى قديم على أن « الكفالة باطلة اذا كان الدين المكفول به باطلا ، ما لم تكن الكفالة حاصلة بسبب عدم أهلية المدين»(١١٧) • وقد تحاشى المشرع المصرى فى هذا النص بعض العيوب التى أخذت على نص القانون الفرنسى فأبرز شرط صحة الكفالة التى ترد على التزام ناقص الأهلية • وهو أن تكون الكفالة حاصلة بسبب نقص الأهلية ، وذلك يقتضى بطبيعة الحال علم الكفيل بنقص الأهلية واتجاه ارادته الى وقاية الدائن من خطر تمسك ناقص الاهلية بالبطلان : فاذا لم يتحقق هذا الشرط كان التزام الكفيل بدور مع التزام ناقص الأهلية صحة وبطلانا(١١٨) •

وكان النص بهذا الشكل يمكن اعتباره تطبيقا للقواعد العامة بحسب نية الكفيل لا استثناء من تلك القواعد ، اذ أن الكفيل الذى يتقدم للكفالة عالما بنقص أهلية المدين وقاصدا تغطية هذا النقص يكون قد قصد أن يلتزم بالوفاء بدين المدين التزاما أصليا ولا يجوز له أن يفيد من تمسك المدين بنقص أهليته ومن باب أولى لا يجوز له هو أن يتمسك بذلك ان لم يتمسك به المدين •

وكان يلاحظ أنه اذا كان هذا النص يعتبر تطبيقا للقواعد العامة ، فان هذه القواعد تؤدى الى الحكم ذاته سواء كانت قابلية الالتزام المكفول للابطال راجعة الى نقص فى أهلية المدين أو الى عيب فى رضاه • ولذلك انتقد نص المادة ٤٩٦/٦٠٥ من حيث انه يفرق دون مبرر بين

---

(١١٧) عباللغة الفرنسية :
à moins qu'il n'ait contracté qu'a raison de l'incapacité du débiteur

(١١٨) وفوق ذلك لم يقتصر النص على ذكر التزام القاصر كما فعل القانون الفرنسى ، بل شمل التزام جميع ناقصى الاهلية . وهذا هو المقصود بعبارة ما لم تكن الكفالة حاصلة بسبب عدم أهلية المدين ، ولم يقصد بها صحة التزام الكفيل فى حالات عدم الاهلية التى تستتبع البطلان المطلق .

الكفالة الحاصلة بسبب نقص الأهلية والكفالة الحاصلة بسبب عيب فى رضا المدين الأصلى .

٣٥ — (ج) فى التقنين المصرى الحالى — نصت المادة ٧٧٧ مدنى على أن « من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية ، كان ملتزما بتنفيذ الالتزام اذا لم ينفذه المدين المكفول » .

وظاهر أن هذا النص يواجه مباشرة حالة الكفالة الحاصلة بسبب نقص الأهلية ، أى الكفالة التى قصد بها الكفيل أن يدرأ عن الدائن خطر تمسك المدين بنقص أهليته ، فوق ما يتعهد به للدائن من ضمان الوفاء بالالتزام اذا لم يف به المدين ؛ فيخرج من هذا النص حالة الكفيل الذى كان يجهل نقص أهلية المدين وحالة الكفيل الذى كان يعلم ذلك دون أن يقصد بكفالته تغطية هذا النقص المبطل للالتزام الأصلى . وقد قصد المشرع أن يترك هاتين الحالتين الأخيرتين لحكم القواعد العامة المتعلقة بالعقود وهى تقضى بما يأتى :

(١) أنه اذا تمسك ناقص الأهلية ببطلان التزامه وحكم له بذلك انعدم الالتزام الأصلى بأثر رجعى واعتبرت الكفالة غير ذات موضوع ، فتبطل هى أيضا تبعا لبطلان الالتزام الأصلى ، ولا فرق فى ذلك بين ما اذا كان الكفيل يعلم بنقص أهلية المدين أو لا يعلم بذلك ما دامت الكفالة ليست حاصلة بسبب نقص أهلية المدين(١١٩) .

(٢) أنه اذا لم يتمسك ناقص الأهلية ببطلان الالتزام وما دام هو لم يجز الالتزام ولم يتقادم حقه فى ابطاله يجوز للكفيل الذى كان يجهل

---

(١١٩) واذا فرضنا بالعكس ان ناقص الاهلية قد نزل عن قابلية العقد للابطال واجاز العقد ، فان ذلك لا يمنع الكفيل من التمسك بابطال عقد ناقص الاهلية لما تقدم من انه لا يجوز للمدين ان يسوىء مركز الكفيل ، ويزيد من عبئه (راجع ما تقدم فى نبذة ٣٠) .

نقص أهلية المدين أن يبطل كفالته بناء على وقوعه فى غلط جوهـرى فى محل التزامه باعتبار أنه قصد أن يكفل التزاما صحيحا يخوله الوفاء به الرجوع على المدين ، فى حين أن الإلتزام المكفول التزام قابل للابطال قد يتمسك المدين ببطلانه فلا يكون للكفيل رجوع عليـــه • أما اذا كان الكفيل يعلم نقص أهلية المدين فلا يكون قد وقع فى غلط وبالتالى لا يجوز له أن يبطل كفـالته استنادا الى وقـوع عيب فى رضاه ، فيبقى ملتزما بصـفته كفيلا الى أن يبطل الالتزام الأصلى أو ينقضى فتبطل الكفالة أو تنقضى تبعا له •

ويكون كل هذا مجرد تطبيق للقواعد العامة على عقد الكفالة فى هذه الحالة • ولكنا سنرى أن للكفيل بمقتضى حكم خاص بالكفالة منصوص عليه فى المادة ٧٨٣ فقرة أولى أن يتمسك باسمه خاصة بأوجه الدفع التى يجوز للمدين أن يحتج بها ، فيجوز له بناء على ذلك أن يدفع فى هــذه الحالة بنقص أهلية المدين مع علمه بهذا النقص وقت الكفـالة ما دامت كفالته لم تتم لتغطية هذا النقص وفقا للمادة ٧٧٧ (أنظر ما سيجىء فى نبذة ٣٧ ونبذة ٥٩) •

أما الحالة التى واجهتها المادة ٧٧٧ ، فلا يكفى فيها أن يكون الكفيل قد علم بنقص أهلية المدين ، بل لا بد فيها أن تكون الكفالة حاصلة بسبب نقص الأهلية أى أن يكون كل من الكفيل والدائن - عالما بنقص أهلية المدين وأن يكون الغرض من الكفالة ليس مجـــرد ضـمان الوفـــاء بالالتزام المـكفول اذا لم يف به المدين ، بل أيضـــا تغطية نقص أهليـــة المدين بحيث يبقى الكفيل ملزما ولو تمسك المدين بنقص أهليته •

وحكم هذه الحالة كما نصت عليه المادة ٧٧٧ هو أن الكفيل يــكون ملتزما بتنفيذ الالتزام اذا لم ينفذه المدين المكفول • وهـــذا الحكم لا يضيف فى ظاهره شيئا الى حكم الكفالة فى الظروف العادية ، فـكان يغنى عنه أن يقول المشرع ان الكفالة فى هذه الحالة تكون صحيحة • ولكن الواقع من الأمر أن المشرع استعمل عبارة المادة ٧٧٧ ليتحاشى ما فى القول

بصحة الكفالة فى هذه الحالة — مع بطلان الالتزام الأصلى — من شذوذ •
ويبين من الأعمال التحضيرية أن أصل نص المادة ٧٧٧ الذى قدم الى البرلمان والذى أقره مجلس النواب كان يقول ان الكفيل يكون فى هذه الحالة ملزما بتنفيذ الالتزام كمدين أصلى ، وأن مجلس الشيوخ رأى أن هذا الحكم لا يحتاج اليه الا متى تقرر بطلان التزام ناقص الأهلية • أما قبل ذلك فان الكفيل يكون ضامنا فقط ويبقى كذلك ما دام المدين لم يتمسك ببطلان التزامه ، فلا يصدق عليه فى هذه الحالة اعتباره ملتزما كمدين أصلى • ولذلك استبدل مجلس الشيوخ عبارة المادة ٧٧٧ بالعبارة التى كان مجلس النواب قد أقرها حتى تتسع للحالتين ، حالة التزام الكفيل كمدين أصلى وحالة التزامه فقط ككفيل •

وبناء على ذلك يمكن القول انه اذا كانت الكفالة حاصلة بسبب نقص أهلية المدين ، فانها تقع صحيحة ويلتزم بها الكفيل التزاما تابعا ولا يجوز له أن يبطلها • كل هذا بشرط أن لا يتمسك المدين بنقص أهليته وأن لا يتقرر بطلان الالتزام المكفول • أما اذا أبطل هذا الالتزام بطلت الكفالة تبعا له باعتبارها التزاما تابعا ، ولكن الكفيل يصير ملتزما كمدين أصلى بالدين الذى تقرر بطلانه فى ذمة المدين ناقص الأهلية(١٢٠) ، اى أن الكفالة الحاصلة بسبب نقص أهلية المدين تبدأ كفالة حقيقية منشئة لالتزام تابع وتنتهى بأن تكون التزاما أصليا اذا تقرر بطلان التزام ناقص الأهلية •

ولكن كيف يفسر هذا الحكم المزدوج الذى يكيف التصرف القانونى الواحد تكييفين مختلفين يتوقف تعاقبهما أو عدمه على مسلك شخص أجنبى عن هذا التصرف •

نرى أن تفسير ذلك فى نظرية تحول العقد الباطل (المادة ١٤٤ مدنى) ، فلا شك أن الكفيل والدائن اتجهت نيتهما فى هذه الحالة الى عقد

---

(١٢٠) السنهورى جـ ١٠ نبذة ٢١ ص ٤٧ .

كفالة حقيقية منشئة فقط لالتزام تابع • فاذا توافرت فى هذه الكفالة أركانها ومن بينها وجود الالتزام المكفول صحيحا انعقدت الكفالة صحيحة • غير أنه اذا بطل الالتزام المكفول — وهو محل الكفالة — بأثر رجعى ، بطلت الكفالة وأصبحت كأن لم تكن من يوم نشوءها • ولكن هذه الكفالة الباطلة يمكن أن تتحول وفقا للمادة ١٤٤ مدنى الى عقد آخر منشىء لالتزام أصلى فى ذمة المتعهد اذا توافرت فيها أركان ذلك العقد الآخر وثبت ان نية الطرفين المحتملة كانت تنصرف الى ابرام ذلك العقد ، لو علما وقت عقد الكفالة بطلانها(١٢١) • فتتحول الكفالة الباطلة الى تعهد شخصى بوفاء دين يعادل الدين الباطل ، لأن هذا التعهد ليس من أركانه وجود دين فى ذمة غير المتعهد كما فى الكفالة ، ولأنه من المحقق ما دامت الكفالة قد عقدت بسبب نقص الأهلية أن نية الطرفين كانت تنصرف الى ابرام هذا التعهد لو علما وقت عقد الكفالة بطلانها •

وقصارى القول ان كفالة التزام ناقص الأهلية الحاصلة بسبب نقص أهليته تقع صحيحة ككفالة حقيقية وتبقى كذلك ما لم يتمسك ناقص الأهلية ببطلان التزامه ، فتبطل حينئذ الكفالة بهذه الصفة وتتحول الى تعهد منشىء لالتزام أصلى فى ذمة من تعهد ككفيل(١٢٢) •

٣٦ — كفالة الالتزام القابل للابطال بسبب عيب فى الرضا • — تقدم أن القانون الفرنسى يفرق بين كفالة التزام القاصر فيلزم بها

---

(١٢١) راجع فى ذلك كتابنا الوافى جـ٢ فى نظرية العقد سنة ١٩٨٨ نبذة ٢٤٥ . ص ٤٦٠ .

(١٢٢) ولا يصح الاعتراض على القول بتحول الكفالة فى هذه الحالة الى تعهد بالتزام اصلى بأن هذا التعهد الاصلى يقع نتيجة لاتجاه ارادة الكفيل الحقيقية اليه فى حين أن تحول العقد لا يكون الا بناء على الارادة المحتملة (عبد الباقى هامش ص٨٣) ، وذلك لان اتجاه ارادة الكفيل وقت العقد الى الالتزام بتعهد اصلى لم يكن هو الاتجاه الاصلى المباشر بل كان اتجاها معلقا على تحقق احتمال تمسك ناقص الاهلية ببطلان العقد .

الكفيل ولو تمسك القاصر بالبطلان ، وبين كفالة غيره من الالتـــزامات تقدم ان هذه التفرقة لا تبررها القواعد العامة ، فما موقف المشرع المصرى من هذه التفرقة ؟

رأينا أن التقنين الملغى نقل حكم المادة٤٩٦/٦٠٥ عن القـــانون الفرنسى بعد صياغته صياغة أدنى الى تحقيق قصد المشرع الفرنسى ، وأن نصها اقتصر على بيان حكم الكفالة الحاصلة بسبب نقص الأهليـــة ولم يعرض لحكم الكفالة الحاصلة بسبب عيب فى رضا المدين ، وكان يمكن باعتبار الحكم المنصوص عليه فى المادة ٤٩٦/٦٠٥ تطبيقا للقواعد العامة أن يقاس عليه حكم الكفالة الحاصلة بسبب وجود عيب فى رضا المديـــن الأصلى • غير أن أحدا لم يذهب هذا المذهب قط لأن الشراح اعتبروا أن المشرع المصرى — اذ نقل هذا الحكم عن القانون الفرنسى بعد ادخـــال تعديلات عليه أريد بها تفادى النقد الذى وجه الى نص القانون الفرنسى — يعتبر أنه أخذ بحكم القانون الفرنسى فى كل ما لم يعدله ، بما فى ذلك التفرقة بين الكفالة الحاصلة بسبب نقص الأهلية والكفالة الحـــاصلة بسبب وجود عيب فى رضا المدين ، لأنه لو قصد العدول عن هذه التفرقة المنتقدة لنص على ذلك صراحة •

وكذلك فعل التقنين الحالى فى المادة ٧٧٧ منه ، اذ أورد نصـــها مقصورا على الكفالة الحاصلة بسبب نقص أهلية المدين • ولا يوجـــد ما يدل على أن المشرع قد أراد العدول عن حكم التقنين الملغى ، فيخلص من ذلك أن كفالة الالتزام القابل للابطال لعيب فى رضا المدين تتبع ذلك الالتزام وتدور معه وجودا وعدما ، أو صحة وبطلانا • فاذا تمســـك المدين ببطلان التزامه لعيب فى الرضا بطل التزام الكفيـــل تبعا لذلك ، سواء كان الكفيل قد علم بسبب البطلان وقت الكفالة أو لم يعلم(١٢٣) • بل انه اذا لم يتمسك المدين بالبطلان جاز للكفيل أن يتمسك به لأن لـــه

---

(١٢٣) انظر عكس ذلك عبد الباقى نبذ...

كما سيجىء أن يتمسك بكافة الدفوع التى تجوز للمدين الا ما استثنى (انظر نبذة ٥٨) .

ولا يسعنا الا أن نقرر أن هذا الحكم الذى يتعين الأخذ به عندنا فى هذه المسألة نزولا على ارادة المشرع الضمنية لا يستقيم وما يقتضيه منطق القواعد العامة ، وأنه كان جديرا بالمشرع أن يسوى بين الكفالة الحاصلة بسبب نقص الأهلية وكفالة الالتزام القابل للابطال بسبب عيب فى رضا المدين فيجعل حكمهما واحدا فى حالة علم الكفيل بسبب البطلان وقصده تغطية هذا السبب ، وحكمهما واحدا أيضا فى حالة جهله بهذا السبب أو علمه به وعدم قصده تغطيته . كما فعل المشرع السويسرى اذ نص فى المادة ٤٩٤ من تقنين الالتزامات والعقود على أن « لا توجد الكفالة الا فى التزام صحيح ، وان الدين الذى ينشأ من عقد غير ملزم المدين بسبب غلط أو نقص أهلية تصح كفالته اذا كان الكفيل وقت الكفالة عالما بالعيب الذى يشوب العقد من ناحية المدين » .

٣٧ — الى أى حد يجوز للكفيل أن يتمسك ببطلان الالتزام المكفول القابل للابطال — نصت المادة ٧٨٢ فقرة أولى مدنى على أن يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين ، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين .

وبناء على ذلك يكون الأصل أن للكفيل بحكم تبعية التزامه للالتزام الأصلى أن يتمسك بكافة الدفوع التى ترد على الالتزام الأصلى ، ومنها قابليته للابطال لنقص أهلية المدين .

غير أنه قد تقدم أن المادة ٧٧٧ مدنى تجعل الكفيل ملتزما التزاما أصليا اذا كان المدين ناقص الأهلية وتمسك بنقص أهليته وكانت الكفالة حاصلة بسبب نقص الأهلية ، أى أن الكفيل لا يجوز له فى هذه الحالة أن يتمسك بنقص أهلية المدين ولا حتى أن يستفيد من تمسك ناقص

الأهلية ببطلان الالتزام الأصلى • وقد أكدت هذا المعنى أيضا المادة ٧٨٢ فقرة ثانية ، اذ قالت :

« على أنه اذا كان الوجه الذى يحتج به المدين هو نقص أهليته ، وكان الكفيل عالما بذلك وقت التعاقد ، فليس له أن يحتج بهذا الوجه»(١٢٤) •

أما اذا كان الكفيل لم يعلم وقت الكفالة بنقص أهلية المدين أو لم تكن الكفالة حاصلة بسبب نقص الأهلية ، فيخرج من هذا الاستثناء وينطبق عليه الأصل الوارد فى المادة ٧٨٢ فقرة أولى ، ويجوز له اذن أن يتمسك بنقص أهلية المدين ليبطل باسمه خاصة الالتزام المكفول فتبطل الكفالة تبعا لبطلان الالتزام الأصلى (أنظر ما سيجىء فى نبذة ٥٩) • وهذا عدا ما يثبت للكفيل فى هذه الحالة من حق فى ابطال كفالته دون الالتزام المكفول بسبب غلطه فى سلامة هذا الالتزام (راجع ما تقدم فى نبذة ٣٥) •

---

(١٢٤) قد يقال فى هذه الحالة انه ما دام الكفيل يعتبر ملتزما التزاما أصليا مستقلا عن التزام المدين ، فليس له ان يتمسك حتى بالدفوع الاخرى التى كان للمدين ان يتمسك بها . غير ان ذلك يخالف قصد الشارع ونص المادة ٧٨٢ مدنى ؛ اذ لا نزاع فى انهما يجيزان للكفيل التمسك بالدفوع الاخرى .
ويمكن تفسير ذلك بأن التحول لا يقع الا اذا كانت نية الطرفين تنصرف اليه لو علما وقت العقد سبب بطلانه وان القانون قد جعل انصراف نيتهما الى ذلك من المفروض حتما فى حالة الكفالة الحاصلة بسبب نقص الاهلية . أما فيما عدا ذلك من الاحوال فيجوز لأى من الطرفين ان يثبت أن نيتهما ماكانت تنصرف الى التحول ، ويكفى فى ذلك مجرد تمسك الكفيل بسبب البطلان . فيعتبر ذلك منه رفضا للتحول ويكون التزامه التزاما تابعا لا تعارض بينه وبين تمسك الكفيل بدفوع المدين . على انه متى اعتبر التزام الكفيل التزاما اصليا ، فلا تكون للكفيل الدفوع التى تترتب له عادة بموجب عقد الكفالة كالدفع بعدم قبول مطالبة الكفيل مطالبة المدين . والدفع بالتجريد ، والدفع بتأخر الدائن فى المطالبة . والدفع باضاعة التأمينات ، والدفع بعدم التنفيذ لحين تسليم سندات الدين الاصلى .

الفصل الثالث

سبب الكفالة

٣٨ ـ فى الكفالة التى تتمحض لمصلحة الدائن ـ اذا تمحضت الكفالة لمصلحة الدائن ، بأن ضمن الكفيل للدائن دينا سابقا لم يحل أجله دون أن يحصل منه فى مقابل الكفالة على أية مزية جديدة لمصلحة المدين ، تبدو الكفالة عملا تبرعيا ويكون سبب التزام الكفيل نية التبرع للدائن ، ويكفى هذا السبب لصحة الكفالة .

غير أن نظرية السبب ، حتى فى صورتها التقليدية ، ترى أنه فى عقود التبرع يتعين أن يقام وزن للباعث الدافع على نية التبرع ، فان كان هذا الباعث مشروعا صح التبرع ، والا وقع باطلا(١٢٥) .

وبناء على ذلك يتعين البحث عن الباعث الدافع الى الكفيل على التبرع بالكفالة للدائن . فاذا كفل شخص لزوجه دينا لها على آخر دون أن يحصل منها على أية مزية لمصلحة المدين ، بل لمجرد بعث الطمأنينة الى نفسها وتطييب خاطرها ، كان سبب الكفالة نية التبرع والباعث اليها مشروعا فتصح الكفالة . أما اذا كفل شخص لخليلته دينا لها على آخر دون أن يحصل منها على أية مزية لمصلحة المدين ، بل لمجرد كسب رضاها بمعاشرته ، كان سبب الكفالة نية التبرع والباعث اليها غير مشروع ، فتبطل الكفالة(١٢٦) .

---

(١٢٥) راجع كتابنا الوافى جـ٢ المجلد الاول فى نظرية العقد سنة ١٩٨٧ نبذة ١٦ ص ٢٩٩ وما بعدها ، ومصادر الالتزام سنة ١٩٥٩ نبذة ١٦٥ .

(١٢٦) عبد الودود يحيى نبذة ٣٧ ص ٣٨ .

٣٩ — فى الكفالة التى تعقد لمصلحة المدين — اذا كان المدين ملزما بتقديم كفيل ، وتقدم الكفيل بالكفالة وفاء الإلتزام المدين بذلك ، ولو دون أن يحصل من الدائن على أية مزية لمصلحة المدين ، فانه لا يعتبر متبرعًا للدائن بالكفالة ، بل يكون سبب التزامه وفاء التزام المدين بتقديم الكفالة . فاذا ثبت بطلان التزام المدين بتقديم كفيل أو عدم وجود هذا الالتزام ، بطلت الكفالة لانعدام سببها . ومثل ذلك أن يقضى القانون بالنفاذ المعجل دون كفالة ، فيعتقد المدين وجوب الكفالة ويندب الكفيل لذلك ، فيتقدم هذا للكفالة بناء على هذا الاعتقاد الخاطىء ، فمتى ثبت أن النفاذ المعجل كان واجبا بقوة القانون ودون كفالة كانت الكفالة التى قدمت باطلة لانعدام سببها .

واذا لم يكن المدين ملزما بتقديم كفيل ، وضمن الكفيل الدين لا تبرعا منه للدائن بل ليحصل منه على مصلحة للمدين ، سواء كانت تلك المصلحة قرضا جديدا أو مدا لأجل دين سابق ، فان سبب التزام الكفيل يكون المنفعة التى اشترطها لمصلحة المدين ، أى أن الكفالة فى هذه الحالة تنطوى على اشتراط لمصلحة الغير . ومن قواعد الاشتراط لمصلحة الغير أنه لا يصح الا اذا وجدت فيه مصلحة للمشترط ولو أدبية . فتصح الكفالة فى هذه الصورة اذا وجدت فيها مصلحة ولو أدبية للكفيل ، كما اذا ضمن الكفيل المدين ليحصل له من الدائن على القرض الجديد أو على مد أجل الدين السابق وليفى هو بذلك التزاما فى ذمته للمدين بأن يكفله ، أو ليؤدى هو بذلك خدمة للمدين نظرا لاعتبارات أدبية تربطه به .

ويلزم فى هذه الحالة أن تكون مصلحة المشترط ، أى الكفيل ، فى الكفالة مصلحة مشروعة ، والا بطلت الكفالة . فاذا كفل شخص خليلته لدى متجر كبير يمدها بالثياب الفاخرة والحلى الغالية لكى تستمر فى معاشرته هو ، فان ثبت علم الدائن ، أى المتجر المذكور ، بأن مصلحة الكفيل فى الكفالة انما هى حصوله على رضا خليلته بمعاشرته ، بطلت الكفالة لعدم مشروعية مصلحة المشترط فى الاشتراط لمصلحة الغير . وقد

قضت بذلك محكمة استئناف نانسى فى حكم مشهور لها بتاريخ ١٢ نوفمبر ١٩٠٤ (دالوز ١٩٠٥ — ٢ — ١٦٠)(١٢٧) .

على أن فى الفقه اتجاها يرمى الى اعتبار الكفالة تصرفا مجردا يقع صحيحا بقطع النظر عن سببه(١٢٨) ، ولكننا لا نقر هـــذا الاتجاه لأنه يصحح الكفالة فى جميع الأحوال مع أن هناك حالات تقتضى العدالة فيها بطلان الكفالة كما فى الأمثلة المتقدمة(١٢٩) .

---

(١٢٧) وانظر عكس ذلك حكما مشهورا ايضا صدر من محكمة استئناف باريس فى ١٠ يناير ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٥ — ٢ — ١٥٨ .

(١٢٨) انظر بيدان وفواران نبذة ٧٣ — ٧٥ ، والدكتور ابو عافية ، فى التصرف القانونى المجرد ، رسالة دكتوراه سنة ١٩٤٧ ص ٢١٢ وما بعدها ، السنهورى جـ١ ص ٤٦٩ ، وعبد الودود يحيى نبذة ٣٧ ص ٣٨ وكتابنا الوافى جـ٢ المجلد الاول فى نظرية العقد سنة ١٩٨٧ نبذة ١٦٩ ص ٣٠٩ وانظر فى نقد فكرة القضاء الفرنسى عن سبب الكفالة تيرى . فى التأمينات والشهر العقارى سنة ١٩٨٨ ص ٦٤ نبذة ٤٦ ، مارتى ورينـــو فى المرجع السابق نبذة ٥٨٣ .

(١٢٩) قرب فى هذا المعنى مع تعليل مختلف عبد الباقى نبذة ٣٢ .

الباب الثانى

آثار الكفالة

٤٠ — تقسيم الموضوع — تقدم أن عقد الكفالة عقد يتم بين الكفيل والدائن وهما طرفاه دون غيرهما ، فمن الطبيعى أن يترتب عليه نشوء علاقة بين الكفيل والدائن قوامها حقوق والتزامات تنشأ فى ذمة أحدهما أو كل منهما قبل الآخر . وهذه هى آثار عقد الكفالة ذاته .

وقد تقدم أيضا أن هذه العلاقة فوق أنها تفترض دائما وجود علاقة أصلية بين الدائن والمدين ، تفترض غالبا وجود علاقة أخرى بين المدين والكفيل هى التى دفعت الكفيل الى الكفالة ، فان لم توجد هذه العلاقة الأخيرة لقيام الكفيل بالكفالة دون علم المدين وبالرغم من معارضته وهو فرض نادر جدا ، فان هذا لا يمنع أن ايفاء الكفيل الدين عن المدين يخول الأول رجوعا على الثانى وينشىء بينهما علاقة ذات صلة وثيقة ان لم يكن بعقد الكفالة ذاته فبتنفيذه على الأقل .

لذلك رأينا أن نتناول فى الفصل الأول من هذا الباب المعقود لآثار الكفالة آثار عقد الكفالة ذاته أى آثار الكفالة فى علاقة الدائن والكفيل . وأن نعالج فى الفصل الثانى منه آثار الكفالة فى العلاقة ما بين الكفيل والمدين .

الفصل الأول

آثار الكفالة فيما بين الدائن والكفيل

٤١ — بيان هذه الآثار وتقسيم دراستها — ينشىء عقد الكفالة علاقة بين الدائن والكفيل ، فيوجد فى ذمة الأخير التزاما يتعين تحديد مداه ، ويوجد فى ذمة الدائن التزامات بعضها ينشأ بموجب العقد ذاته وبعضها يترتب على ايفاء الكفيل الدائن حقه •

ويقابل هذه الالتزامات التى تنشأ فى ذمة كل من الطرفين حقوق للطرف الآخر •

فنتناول دراسة هذه الآثار جميعا فى مبحثين نخصص أولهما لدراسة التزامات كل من الطرفين ، والثانى لدراسة حقوق كل منهما •

وتسهيلا للموضوع سنقصر الدراسة فى هذين المبحثين على الصورة البسيطة من الكفالة وهى التى يكون فيها الكفيل واحدا وغير متضامن مع المدين •

فاذا ما فرغنا منهما عقدنا مبحثا خاصا لبيان آثار الكفالة التضامنية وحكم تعدد الكفلاء •

المبحث الأول

التزامات طرفى الكفالة

المطلب الأول — التزام الكفيل

٤٢ — تحديد التزام الكفيل — تنشىء الكفالة فى ذمة الكفيل التزاما تابعا لالتزام المدين ، فيتحدد التزام الكفيل بالتزام الأصيل سواء من

حيث محله أو من حيث شخص المدين المكفول أو من حيث أوصافه ، كما يتحدد أيضا بعقد الكفالة ذاته •

٤٣ — (أ) من حيث محل الالتزام — يجب أن يكون محل الكفالة ضمان الوفاء بمحل الالتزام الأصلى ذاته • وقد نصت المادة ٧٨٠ مدنى على أنه لا تجوز الكفالة فى مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ، ولا بشرط أشد من شروط الدين المكفول • — ولكن تجوز الكفالة فى مبلغ أقل وبشرط أهون » (وهى تقابل المادة ٤٩٧/٦٠٦ — ٦٠٧ مدنى قديم) •

وبناء على ذلك لا يجوز أن يكون محل الكفالة ضمان شىء آخر غير الدين الأصلى • ولكن لا يجب أن يكون هو ضمان كل الدين الأصلى أو أن يكون مقترنا بأوصاف ذلك الدين ذاتها ، بل يجوز أن يكون الضمان مقصورا على جزء من الدين الأصلى ، وفى هذه الحالة لا تتعدى الكفالة الى الأجزاء الأخرى • فاذا ضمن الكفيل الفوائد البسيطة فلا تشمل الكفالة الفوائد المركبة ، واذا كفل شخص مستأجرا شملت الكفالة الأجرة المستحقة عن مدة الاجارة الأصلية وعن مدة الامتداد المنصوص عليه فى العقد ولكن لا تشمل الاجرة عن مدة التجديد الضمنى (انظر المادة ٥٩٩ فقرة ثانية مدنى)(١٣٠) •

واذا ضمن الكفيل مبلغا أكبر من المستحق على المدين أو بشروط أشد . فان الكفالة لا تقع باطلة بل يتعين قصرها على مقدار دين المدين أو ردها الى شروط ذلك الدين(١٣١) لأن التزام الكفيل لا يصح أن يجاوز

---

(١٣٠) راجع كتابنا الوافى جـ٣ المجلد الثانى فى عقد الايجار سنة ١٩٩٢ نبذة ١٦١ .

(١٣١) انظر فى هذا المعنى نص المادة ١١٣٨ فقرة ثالثة من المشروع التمهيدى لتنقيح القانون المدنى التى حذفت باعتبار ان حكمها مستفاد من حكم الفقرتين السابقتين اللتين استقرتا فى المادة ٧٨٠ مدنى ، وانظر ايضا المذكرة الايضاحية المتعلقة بهذا النص المحذوف ، فى مجموعة الاعمال التحضيرية جـ٥ ص ٤٦٢ وص ٤٦٣ . وقرب ما تقدم فى نبذة ٣٠ .

التزام المدين ولا أن يكون بشروط أشد من التزام هذا الأخير(١٣٢) •

غير أنه اذا قصد الكفيل أن يلتزم فى هذه الحالة التزاما أصليا بالقدر الزائد عن التزام المدين الأصلى ، اعتبر كفيلا بمقدار الدين الأصلى ومدينا أصليا بما يجاوز ذلك ولم يكن له الرجوع على المدين بهذا القدر الأخير •

أما اذا جهل الكفيل أن ما التزم به يجاوز قيمة الدين الأصلى ، أو اذا ثبت قصده ألا يلتزم الا بصفته كفيلا وعلى أن يكون له حق الرجوع بكل ما يدفعه بسبب هذه الكفالة ، وجب خفض التزام الكفيل الى القدر المستحق فى ذمة المدين •

واذا اتفق الدائن والمدين بعد الكفالة على تجديد الدين ، فان الكفالة لا تضمن الدين الجديد الا اذا رضى الكفيل بذلك (المادة ٣٥٨ مدنى) •

٤٤ — (ب) من حيث الشخص المكفول — يتحدد الدين الأصلى ليس بمحله فحسب بل أيضا بشخص المدين • وكذلك التزام الكفيل ، لأن الكفيل يدخل فى اعتباره عند الكفالة صفات المدين المكفول كصدقه وأمانته ومبلغ حرصه على الوفاء بتعهداته ودرجة يساره وبعده عن المجازفة الخ • فاذا استبدل الدائن بالمدين المكفول غيره أو قبل حوالة الدين الى مدين آخر انقضت الكفالة ببراءة ذمة المدين المكفول ، ولم يجز أن تستمر ضامنة الدين ذاته فى ذمة المدين الجديد الا اذا رضى الكفيل بذلك ، فيعتبر رضاه بمثابة كفالة جديدة (المادة ٣١٨ فقرة ثانية مدنى) •

---

(١٣٢) تيرى فى التأمينات والشهر العقارى باريس سنة ١٩٨٨ ص ٧٤ نبذة ٢/٥١ .

٤٥ — **(ج) من حيث أوصاف الالتزام** — اذا كان التـــزام المدين مؤجلا أو معلقا على شرط ، فلا يصح أن يكون التزام الكفيل منجزا • أما العكس فيجوز ، أى أن يكون الالتزام الأصلى منجزا ولكن الكفيـــل لا يلتزم الا التزاما معلقا على شرط أو أجل •

واذا كان المدين غير متضامن مع شركائه فى الدين ، فلا يجوز أن يلتزم الكفيل بدين هذا المدين بالتضامن مع غيره من المدينين •

وفى هذه الأحوال جميعا يعتبر التزام الكفيل كالتزام المدين الأصلى من حيث أوصافه ، أى أنه يكون مثله معلقا على أجل أو شرط ومقصورا على كفالة نصيب المدين المكفول فى الدين المشترك دون تضامن مــــع المدينين الآخرين •

فاذا منح الدائن المدين اجلا جديدا ، جاز للكفيل ان يتمسك بهذا الاجل ، وجاز له أيضا أن يرفضه وان ينذر الدائن بوجوب مطالبته المدين بمجرد حلول الاجل الأصلى . وجاز له أن يلزم الدائن بقبول الوفاء منه دون انتظار الأجل الجديد الممنوح للمدين حتى يكون له هو أن يرجـــع على المدين دون انتظار حلول الأجل الجديد(١٣٣) •

٤٦ — **تحديد التزام الكفيل بمدة معينة** — اذا ضمن الكفيل دينـــا معينا حاضرا ، فالأصل أن التزامه يستمر الى حين حلول أجل ذلك الدين والى الوقت اللازم لاتخاذ الدائن اجراءات المطالبة وتحصيل حقـــه • وليس للدائن والمدين أن يتفقا على تأجيل الدين اذ يترتب على ذلك اطالة أمد التزام الكفيل • وكذلك ليس الدائن أن يتوانى فى المطالبة بعد حلول أجل الدين مدة أكثر من المدة المعتادة ، والا جاز للكفيل أن يعتبر كفالته

---

(١٣٣) انظر فى ذلك تفاصيل مختلفـــة فى مارتى ورينو المرجع السابق ص ٢٩١ نبذات ٥٩٠ وما بعدها) .

منقضية بانقضاء المدة المعتادة للمطالبة (انظر ما سيجىء فى نبذة ٤٩) •

أما اذا كان المكفول دينا مستقبلا قد يتحقق أو لا يتحقق وقصر الكفيل كفالته على ما يتحقق من هذا الدين فى مدة معينة ، تحددت الكفالة بما تحقق فى هذه المدة ولم تشمل ما تحقق بعد ذلك •

فاذا ضمن الكفيل فى عقد الايجار الأجرة التى تستحق عن مدة الاجارة ، اقتصرت كفالته على الأجرة المستحقة عن تلك المدة ، فاذا انتهت مدة الاجارة انقضت الكفالة بالنسبة لما يستحق من أجرة بعد تلك المدة ولو تجدد الايجار أو امتد لمدة أخرى ما لم يقبل الكفيل شمول كفالته أجرة المدة المجددة أو الممتدة ، واذا تم امتداد الاجارة بنص فى القانون فان الكفالة لا تشمل أجرة المدة الممتدة بقوة القانون • وتطبيقا لذلك قررت محكمة النقض انه لئن كان الأصل انه اذا امتد الايجار بحكم القانون بعد انقضاء مدته ، فانه طبقا للقواعد المقررة فى امتداد الايجار يمتد بنفس شروط الايجار الأصلى ، فتكون التزامات المؤجر هى نفسها التزاماته السابقة ، وكذلك تكون التزامات المستأجر . وتبقى التأمينات العينية والشخصية التى تكفل التزامات المستأجر فى الايجار الأصلى كافلة لهذه الالتزامات بعد أن امتد الايجار ، الا أنه متى كان الامتداد طبقا لتشريعات استثنائية ، فان الكفيل الذى يكفل المستأجر قبل صدور هذه التشريعات لا تمتد كفالته لالتزامات المستأجر عن امتداد الايجار الا اذا قبل ذلك لأنه وقت ان كفل المستأجر كان يقصد كفالته فى المدة المتفق عليها فى الايجار ، ولم يدخل فى حسابه ان هذه المدة ستمتد بحكم التشريعات الاستثنائية • اذ كان ذلك وكان الطاعن الثالث قد كفل الطاعنين الاول والثانى فى أجرة السنتين المتفق عليهما فى العقد وقبل صدور القرار بقانون رقم ١٣٩ لسنة ١٩٦٢ ، وهو تشريع استثنائى قضى بامتداد عقود الايجار بحكم القانون الى نهاية سنة ١٩٦٤/٦٥ الزراعية ، فان كفالته لا تمتد بامتداد الايجار الا اذا قبل ذلك ، ولما كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر واستخلص امتداد الكفالة أخذا

بامتداد العقد دون أن يعنى ببحث دفاع الطاعن الثالث بأنه لم يرتض امتداد كفالته وهو بحث قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى ، فانه يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون وشابه قصور فى التسبيب(١٣٤) .

فاذا لم يحدد الكفيل مدة لكفالته ، اعتبرت الكفالة عقدا غير محدد المدة ، وبالتالى اعتبرت مدته معلقة على مشيئة الكفيل بشرط اخطاره الطرف الآخر بالمدة التى يرى تحديدها لانهاء الكفالة على أن لا يكون ذلك فى وقت غير لائق . وفى هذه الحالة كما فى الحالة السابقة تقتصر الكفالة على ما يكون قد تحقق من الدين المكفول فى المدة التى عينها الكفيل فى الاخطار (راجع ما تقدم فى نبذة ٢٩) .

٤٧ — ملحقات الدين المكفول — من القواعد المسلمة أن الفرع يتبع الأصل ، وأن التزام المدين يشمل فوق أصل الدين فوائده ومصروفات المطالبة به .

وقد نصت المادة ٢٠١٦ مدنى فرنسى على أن كفالة الدين اذا لم تكن مقصورة تشمل جميع ملحقاته حتى مصروفات المطالبة الأولى به والمصروفات الأخرى التى يتم انفاقها بعد اخطار الكفيل . وبناء على ذلك اعتبرت الكفالة — ما لم يرد فيها نص يقصرها على أصل الدين — شاملة جميع ملحقاته ، فكفالة المستأجر مثلا لا تقتصر على ما يستحق فى ذمته من أجرة فحسب بل تشمل أيضا ما يلتزم به من تعويضات عن التلف وعن تجاوز حدود الانتفاع وعن المنقولات التى سلمت اليه مع العين المؤجرة الخ .

---

(١٣٤) نقض مدنى ١٧ مارس ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض ٢٦ — ٦١٠ — ١٢٢ .

وفى التقنين المصرى الملغى لم يرد نص يقابل ذلك ، بل بالعكس نصت المادة ٤٩٨/٦٠٨ منه على أنه « فى حالة عدم وجود شرط صريح لا تكون الكفالة الا على أصل الدين ••• » ، ولكن الفقه والقضاء أجمعا على أن المشرع المصرى لم يقصد بهذا النص أن يستبعد من الكفالة الفوائد التأخيرية ولا المصروفات الخاصة بالمطالبة الأولى أو المصروفات اللاحقة لمطالبة الكفيل وهى التى يدخلها التقنين الفرنسى صراحة فى نطاق الكفالة •

وقد أخذ المشرع فى التقنين الحالى صراحة بما ذهب اليه الفقه والقضاء فى ظل التقنين الملغى ، اذ نص فى المادة ٧٨١ منه على أنه « **اذا لم يكن هناك اتفاق خاص ، فان الكفالة تشمل ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الأولى وما يستجد من المصروفات بعد اخطار الكفيل** » •

المطلب الثانى — التزامات الدائن

٤٨ — **بيان التزامات الدائن** — يلتزم الدائن بموجب الكفالة :

١ — بأن لا يتأخر فى المطالبة بدينه عند حلول أجله تأخيرا يضر بمصلحة الكفيل • وان يطالب المدين قبل مطالبته الكفيل أو معه •

٢ — بأن يسلم الكفيل وقت وفائه الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه فى الرجوع •

٣ — بأن يحافظ على التأمينات الأخرى الضامنة للدين وأن يحل الكفيل فيها عند وفائه الدين •

٤٩ — **(أ) الالتزام بالمطالبة بالدين** — الأصل أن المطالبة بالدين حق للدائن وليست واجبا عليه ، غير أنه فى الدين المكفول توجد للكفيل مصلحة فى استيفاء الدائن حقه فى الوقت المناسب حتى تبرأ ذمته من

الكفالة بوفاء المدين دينه ، أو حتى يتمكن من الرجوع على المدين قبل اعساره اذا اضطر هو الى ايفاء الدائن حقه ، كما توجد له مصلحة فى ان لا يطالب بالدين المكفول الا بعد توجيه المطالبة للمدين .

لذلك كانت المادة ٥٠٣/٦١٣ مدنى قديم تخول الكفيل الحق فى مطالبة المدين عند حلول أجل الدين ولو منح رب الدين المدين أجلا جديدا ولم يبرىء الكفيل من الكفالة فكان الكفيل يستطيع أن يتفادى ضرر تأخر الدائن فى مطالبة المدين بأن يطالب هو المدين . غير أنه يلاحظ أن دعوى الكفيل فى هذه الحالة لم يكن موضوعها المطالبة بالدين لأن هذه المطالبة لا تثبت للكفيل الا بعد أن يكون هو قد وفى الدائن حقه ، وانما كان موضوعها مجرد تأمين الكفيل ضد اعسار المدين مستقبلا ، سواء كان ذلك من طريق تقديم تأمين عينى أو كفيل آخر أو من طريق حمل الدائن بأى وسيلة كانت على ابراء الكفيل .

لذلك رأى المشرع أن يستعيض فى التقنين الحالى عن هذه الرخصة المخولة للكفيل بأن يجعل الدائن ملزما باتخاذ اجراءات المطالبة فى الوقت المناسب حتى لا يضر بالكفيل ، بحيث اذا تأخر الدائن عن المطالبة اعتبر ذلك منه خطأ يستوجب مسئوليته ازاء الكفيل اذا ترتب عليه ضرر للأخير وبقدر ما يترتب عليه من ضرر .

ويستفاد قصد المشرع انشاء هذا الالتزام فى ذمة الدائن من الأعمال التحضيرية المتعلقة بالمادة ٧٨٥ مدنى التى تنص على أنه :

« ١ — لا تبرأ ذمة الكفيل لمجرد أن الدائن تأخر فى اتخاذ الاجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها .

٢ — على أن ذمة الكفيل تبرأ اذا لم يقم الدائن باتخاذ الاجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من انذار الكفيل الدائن ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا » .

فالفقرة الأولى من هذه المادة ظاهرة الدلالة على أن ذمة الكفيل لا تبرأ لمجرد أن الدائن تأخر فى اتخاذ الاجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها ، ولكنها تشير ضمنا الى ابراء ذمة الكفيل اذا كان تأخر الدائن فى اتخاذ الاجراءات أو عدم اتخاذه اياها يعتبر خطأ ترتب عليه ضرر للكفيل فحينئذ تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أصابه من ضرر بسبب هذا التأخير أو الامتناع • فقد كان نص هذه الفقرة فى المشروع التمهيدى (المادة ١١٥٦ فقرة ثالثة) يقول انه « لا تبرأ ذمة الكفيل لمجرد أن الدائن تأخر فى اتخاذ الاجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها ، الا اذا ترتب على خطئه ضرر للكفيل وبقدر هذا الضرر » •

وقد أوضحت المذكرة الايضاحية لهذا النص المقصود بخطأ الدائن الذى يقع منه فى تأخره عن اتخاذ الاجراءات أو فى عدم اتخاذها أصلا ، فقالت : « على أنه قد تصدر عن الدائن أعمال ايجابية (كتنازله عن حجز تنفيذى أو تحفظى أو حجز مال مدينه لدى الغير أو اجراءات التنفيذ العقارى أو وضع أموال المدين تحت الحراسة أو ايداع المبالغ الناتجة من بيع المنقولات فى خزينة المحكمة) أو أعمال سلبية (كعدم قيامه باتخاذ اجراء تنفيذى أو تحفظى لا يستطيع الكفيل القيام به لجهله اياه أو لعدم وجود المستندات اللازمة لاجرائه ، وكذلك عدم التقدم فى التوزيع أو سقوط الحق بسبب التأخر أو الاهمال فى القيام باجراء معين أو ابراز مستند ما) لا يترتب عليها ضياع التأمينات ، ولكنها مع ذلك تؤثر فى حق الكفيل فتضيعه أو تنتقص منه • كل هذه الأعمال يجب أن يسأل عنها الدائن طبقا لقواعد المسئولية المدنية ما دام قد ترتب عليها ضرر للكفيل ••• » •

غير أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ رأت حذف العبارة الأخيرة من نص المشروع لأن فى القواعد العامة فى المسئولية التقصيرية ما يغنى عن المعنى الذى قصدت هذه العبارة الى استظهاره(١٣٥) ، أى

---

(١٣٥) انظر مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ ٥ ص ٤٧٩ الى ص ٤٨١ وهامش ص ٤٧٤ الى ص ٤٧٧ .

أنها لم تحذف هذه العبارة لعدم الموافقة على حكمها بل بالعكس من ذلك لأنها أقرت حكمها ورأت فيه مجرد تطبيق للقواعد العامة فى المسئولية المدنيــة •

وبناء على ذلك نستطيع أن نقرر أن المادة ٧٨٥ فقرة أولى تنشىء فى ذمة الدائن التزاما باتخاذ اجراءات مطالبة المدين فى الوقت المناسب • ولكن لا يكون الدائن مسئولا لمجرد أنه لم يتخذ اجراء معينا ، وانمـا يشترط فى مسئوليته عن ذلك أن يثبت أولا أن تأخره فى اتخاذ هــذا الاجراء يعتبر خطأ أى أنه تأخر أكثر مما يتأخره الرجل المتوسط العناية ، وثانيا أنه قد ترتب على هذا التأخير ضرر للكفيل كأن يــكون المدين قد أصبح فى هذه الأثناء معسرا بحيث يتعذر على الكفيل أن يرجع عليه بكل ما وفاه للدائن •

فاذا لم يتوافر هذان الشرطان ، فانه لا يترتب على مجرد عـدم اتخاذ الدائن اجراء معينا أو تأخره بعض الشىء فى اتخاذ هذا الاجــراء أن تبرأ ذمة الكفيل من التزامه •

ويقع عبء اثبات هذين الشرطين على الكفيل الذى يطلب تقــرير براءة ذمته من الكفالة بسبب تأخر الدائن فى اتخاذ الاجراءات •

غير أن المشرع قد خفف هذا العبء عن الكفيل بأن أجــاز له فى الفقرة الثانية من المادة ٧٨٥ أن ينذر الدائن باتخاذ الاجراءات ضــد المدين ، فاذا لم يقم الدائن بذلك خلال ستة أشهر من تاريخ هذا الانذار ولم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا ، برأت ذمة الكفيل دون حاجة به الى اثبات أى شىء آخر ، اذ يعتبر الدائن مخطئا بمجرد عدم اتخــاذ الاجراءات بالرغم من انذاره بوجوب اتخاذها ، ويفرض أن هذا الخطــأ قد سبب ضررا للكفيل •

وقد طبق المشرع مبدأ التزام الدائن بالمطالبة بدينــه فى الوقت

المناسب على حالة افلاس المدين ، فنص فى المادة ٧٨٦ مدنى على أنه « اذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم فى التفليسة بالدين ، والا سقط حقه فى الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب اهماله » • ذلك أن افلاس المدين يسقط أجل ديونه ويوجب على الدائن أن يطالب التفليسة بدينه لأن عدم مطالبته اياها يضر بالكفيل ، فاذا أخل الدائن بهذا الالتزام كان مسئولا ازاء الكفيل عما يصيبه من ضرر بسبب ذلك ، وتحصل المقاصة بين هذا الالتزام بالتعويض وبين التزام الكفيل ، فينقضى من التزام الكفيل بقدر ما يستحقه هذا من تعويض •

واذا كانت المادة ٧٨٦ قد اقتصرت على مواجهة حالة افلاس المدين التاجر دون حالة اعسار غير التاجر ، فان ذلك لا يمنع من تطبيق حكمها على هذه الحالة الأخيرة لأنه لا يعدو أن يكون تطبيقا للقواعد العامة مترتبا على اعتبار الدائن ملتزما ازاء الكفيل بمطالبة المدين فى الوقت المناسب •

وحفاظا على مصلحة الكفيل فى أن لا يطالبه الدائن بالدين المكفول الا بعد مطالبة المدين به نصت المادة ٧٨٨/١ مدنى على أن « لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده الا بعد رجوعه على المدين » ، ومؤدى ذلك ان يلتزم الدائن بتوجيه المطالبة الى المدين قبل مطالبة الكفيل ، او على الاقل أن لا تكون مطالبته الكفيل الا مع مطالبة المدين فى الوقت ذاته (انظر ما سيجىء فى نبذة ٥٥) •

والمقصود بالرجوع فى هذا النص توجيه المطالبات القضائية للحصول على حكم بالدين • فاذا كان الدائن حاصلا على سند تنفيذى بدينه بحيث لا يحتاج الى استصدار حكم ضد المدين ، فانه يكفى للرجوع على الكفيل ان يكون الدائن قد نبه على المدين بالوفاء بناء على ذلك السند التنفيذى • وكذلك اذا كان المدين قد أفلس ، فان افلاسه يحول دون توجيه مطالبات قضائية فردية اليه ، فيكتفى من الدائن حتى

يجوز له مطالبة الكفيل أن يكون قد تقدم بدينه فى تفليسة المدين ، حيث أن هذا التقديم يقوم مقام المطالبة القضائية(١٣٦) •

٥٠ — (ب) الالتزام بتسليم الكفيل مستندات الدين عند وفائه — نصت المادة ٧٨٧ فقرة أولى مدنى على أن يلتزم الدائن بأن يسلم الكفيل وقت وفائه الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه فى الرجوع •

وهذا الحكم نتيجة طبيعية لاعتبار التزام الكفيل التزاما تابعا يخوله اذا ما أوفى به أن يرجع على المدين بما وفاه ، فان حق الكفيل فى الرجوع على المدين يوجب على الدائن أن يمكنه من المستندات اللازمة لاستعمال هذا الحق •

وينشأ هذا الالتزام فى ذمة الدائن بقوة القانون وبمجرد استيفاء الدائن حقه من الكفيل ، بل بمجرد ابداء الكفيل استعداده للوفاء بالتزامه • فاذا امتنع الدائن عن تسليم الكفيل مستندات الدين ، جاز للكفيل أن يمتنع عن الوفاء وجاز له أن يلجأ الى الايداع القضائى ، ويعتبر كل ذلك تطبيقا لأحكام المادة ٣٤٩ مدنى التى نصت على أن « لمن قام بوفاء جزء من الدين أن يطلب مخالصة بما وفاه مع التأشير على سند الدين بحصول هذا الوفاء • فاذا وفى الدين كله ، كان له أن يطلب رد سند الدين أو الغاءه • فان كان السند قد ضاع ، كان له أن يطلب من الدائن أن يقر كتابة بضياع السند • — فاذا رفض الدائن القيام بما فرضته عليه الفقرة السابقة ، جاز للمدين أن يودع الشىء المستحق ايداعا قضائيا » •

٥١ — (ج) الالتزام بالمحافظة على التأمينات الخاصة واحلال الكفيل فيها عند وفائه الدين — اذا كان الدين المكفول مضمونا أيضا بتأمينات أخرى خاصة ، وجب على الدائن أن يحافظ على هذه التأمينات حتى

---

(١٣٦) عبد الودود يحيى نبذة ٤١ ص ٤٤ .

يستطيع أن يحل فيها الكفيل اذا ما وفى الدين المكفول • وعليه أن يبذل فى المحافظة على هذه التأمينات ما يبذله الرجل المعتاد من عناية ، والا كان مسئولا عما أضاعه من هذه التأمينات بتقصيره ، ووقعت المقاصة بين التزامه بالتعويض والتزام الكفيل •

ولذلك نصت المادة ٧٨٤ مدنى فقرة أولى على أن « تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات » • وهى تقابل المادة ٥١٠/٦٣٣ مدنى قديم • وكان هذا النص الأخير قد أثار خلافا بشأن الضمانات التى يلتزم الدائن بالمحافظة عليها واحلال الكفيل فيها عند وفائه بالدين ، فقررت بعض الأحكام أن المقصود هو التأمين الاتفاقى كالرهن التأمينى أو الرهن الحيازى ، وذهبت الكثرة الى أن المقصود هو كل تأمين خصص لوفاء الدين ولو كان تأمينا قانونيا •كما ثار الخلاف أيضا بشأن التأمينات التى توجد بعد قيام الكفالة وهل يشملها النص • وقد جرى القضاء على أن هذه التأمينات لم يقصدها المشرع فلا يترتب على ضياعها بخطأ الدائن ابراء الكفيل • ولكن أخذ على هذا الرأى أن التزام الدائن بالمحافظة على التأمينات يقابل حق الكفيل فى الحلول محل الدائن وفى الرجوع على المدين ، وأنه من المسلم أن الكفيل يحل محل الدائن فى كل ما له من تأمينات ولو تقررت بعد الكفالة ، فيجب على الدائن أن يحافظ على هذه التأمينات كما يجب عليه أن يحافظ على التأمينات التى كانت موجودة وقت الكفالة • وقد قضى التقنين الحالى على كل هذه الخلافات بالنص فى المادة ٧٨٤ فقرة ثانية منه على أنه « يقصد بالضمانات فى هذه المادة كل تأمين يخصص لضمان الدين ولو تقرر بعد الكفالة وكل تأمين مقرر بحكم القانون » •

وليس يكفى أن يحافظ الدائن على هذه الضمانات محافظة الرجل المعتاد ، بل يجب أيضا أن يقوم بكل ما يلزم ليحل الكفيل محله فيها بمجرد استيفاء حقه منه •

فاذا كان الدين مضمونا بمنقول مرهون أو محبوس ، وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل (المادة ٧٨٧ فقرة ثانية) •

أما اذا كان الدين مضمونا بتأمين عقارى ، فان الدائن يلتـزم أن يقوم بالاجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين ، ويتحمل الكفيل مصروفات النقل على أن يرجع بها على المدين (المادة ٧٨٧ فقرة ثالثة) •

المبحث الثانى

حقـوق طرفى الـكفالة

المطلب الأول ـ حـق الدائن

٥٢ ـ حق مطالبة الكفيل بالدين المضمون ـ يقابل التزام الكفيل بضمان الوفاء بالدين المكفول حق الدائن فى مطالبة الكفيل بوفاء هـذا الدين(١٣٧) • علاوة على حقه فى مطالبة المدين بذلك(١٣٨) •

---

(١٣٧) نقض مدنى ٢٧ يونيه ١٩٥٧ مجموعة احكام النقض ٨ ـ ٦٢٥ ـ ٧٠ وقد جاء فيه ان حق الدائن فى الرجوع على الكفلاء المتضامنين غير مقيد بأى قيد . فاذا كان الحكم قد انتهى الى أن الشريك المتضامن قد اخذل فى الكفالة التى عقدها مع الغير باخفائه حقيقة صفته فى النيابة عن الشركة ورتب على ذلك ان هذا الغير اصابه ضرر هو حرمانه من تضامن الشركة ـ التى ادعى الشريك انه بمثلها ـ مع المدين فى الوفـاء بالدين، فانه لا يؤثر فى تحقق هذا الضرر القول بملاءة المدين أو الضامنين الآخرين . ولا يقبل من الشريك المذكور ان يدفع مسئوليته بالقول بوجود ضمان آخرين مسئولين لان مسئوليته مردها الخطأ التدليسى .

(١٣٨) قضت محكمة النقض بان مطالبة المضرور (الدائن بالتعويض) للمتبوع (الكفيل للمدين بالتعويض) مطالبة قضائية اذا كانت تقطع التقـادم بالنسبة الى المتبوع ، فان ليس من شأنها قطع التقادم بالنسبة الى التابع . اذ ان المادة ٢٩٢ مدنى قررت هذه القاعدة بالنسبة للمدينين المتضـامنين وليس لقطع التقادم بالنسبة للكفيل ، ولو كان متضـامنا ، اثر بالنسـبة المدين (نقض مدنى ٣٠ يناير ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض ٢٠ ـ ١٩٩ ـ ٣٣)

ويشمل حق مطالبة الكفيل بالدين المضمون : (أولا) رفع الدعوى عليه للحصول على سند تنفيذى بالزامه بالوفاء ، و (ثانيا) التنفيذ على أمواله استيفاء للحق المضمون •

٥٣ — **(أ) رفع الدعـوى على الكفيل —** للدائن أن يرفع الدعوى على الكفيل ليحصل على سند تنفيذى يلزمه بالوفاء اذا لم تكن الـكفالة معقودة بعقد رسمى • ولا بد له من ذلك ولو كان الدين المكفول ثابتـا بسند تنفيذى صادر ضد المدين • ولكن يشترط فى ذلك ثلاثة شـروط : (أولا) حلول أجل مطالبة الكفيل ، و (ثانيا) أن يكون قد سبقت للدائن مطالبة المدين أو أن يطالبه مع الكفيل فى وقت واحد • و (ثالثا) أن يكون التزام الكفيل لم ينقض بالتقادم •

٥٤ — **(أ) — شرط حلول الأجل —** تقدم أن التزام الكفيل يتحدد بأوصاف الالتزام المكفول ، وأنه يجوز فوق ذلك أن يتصف بأوصـاف خاصة به اذا لم يكن من شأن هذه الأوصاف أن تجعله أشد من الالتـزام المكفول •

فاذا كان للالتزام المكفول أجل ، كان التزام الكفيل أيضا معلقا على هـذا الأجل ، فلا يجـوز للدائن أن يطالب الكفيل قبل حلول الأجـل المذكور(١٣٩) •

واذا منح الدائن أو القاضى المدين مهلة جديدة بعد حلول الأجـل المعين ، استفاد الكفيل من هذه المهلة ولم تجز مطالبته قبل انقضائها • ولكن يحق له أن يرفضها وأن ينذر الدائن بوجوب مطالبة المدين فى الأجل الأصلى(١٤٠) •

---

(١٣٩) تيرى فى التامينات والشهر العقارى باريس سنة ١٩٨٨ ص ٨٢ نبذة ٥٤ .

(١٤٠) انظر تيرى ص ٨٣ .

واذا نزل المدين عن الأجل أو المهلة ، فان نزوله لا يسرى فى حـــق الكفيل ، ولا يجوز للدائن أن يطالب الكفيل الا عند انقضاء الأجـــل أو المهلة(١٤١) •

واذا سقط أجل الدين المكفول بسبب افلاس المدين أو اعســاره أو اضعافه التأمينات ، فالراجح فقها وقضاء أن سقوط الأجل فى هذه الحالة لا يكون الا بالنسبة الى المدين • أما الكفيل فيجوز له أن يتمسك بالأجل ، وبالتالى لا تجوز مطالبته قبل انقضاء الأجل الأصلى ولا يؤثر فى مركزه ما حدث من افلاس أو اعسار أو اضعاف تأمينات(١٤٢) •

واذا كان عقد الكفالة قد حدد لالتزام الكفيل أجلا أطول من أجل الالتزام المكفول ، فليس للدائن مطالبة الكفيل قبل انقضاء الأجل المحدد للكفـــالة ولو أنه يجـــوز له فى مثل هذه الحـــالة مطالبة المدين قبل ذلك وبمجرد حلول أجل الدين المكفول •

٥٥ — (٢) شرط مطالبة المدين قبل الكفيل أو معه — لم يوجد فى القانون الفرنسى ولا فى التقنين المصرى الملغى نص صريح يوجب هذا الشرط فلم يأخذ به الفقه والقضاء بل ذهبا الى أنه يجوز للدائن مطالبة الكفيل بمجرد حلول الأجل ودون حاجة الى توجيه المطالبة الى المدين ، بل دون حاجة حتى الى اعذار المدين أو التنبيه عليه بالوفاء ، أى أنهمـــا جعلا الخيار للدائن ان شاء طالب المدين وان شاء طالب الكفيل أو طالبهما معا ، على أن يكون للكفيل عند التنفيذ الحق فى طلب تجريد المدين(١٤٣) •

ولم يسلم هذا الرأى من النقد ، وبخاصة لأن التزام الكفيل التزام

---

(١٤١) فى هذا المعنى كامل مرسى فى التأمينات العينية ، الطبعة الثانية نبذة ٧٦ ، عبد الباقى نبذة ٧٥ .

(١٤٢) تيرى المرجع السابق ص ٨٤ .

(١٤٣) هذا فى ظل التقنين الملغى وفى القانون الفرنسى .

احتياطى لم يقصد به الا ضمان يسار المدين ، فلا تصح مطالبة الكفيل الا متى ثبت اعسار المدين أو تعذر الاستيفاء منه .

لذلك رأى واضعو التقنين المصرى الحالى أن ينصوا صراحة فى المادة ٧٨٨ فقرة أولى منه على أن « لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده الا بعد رجوعه على المدين » . ومؤدى ذلك أنه يجوز للدائن أن يجمع فى المطالبة بين الكفيل والمدين ، ويجوز له أن يبدأ بمطالبة المدين ، ولكن ليس له أن يبدأ بمطالبة الكفيل وحده ، فلا تقبل دعواه ضد الكفيل وحده الا اذا كان سبق له رفع دعوى أخرى ضد المدين ، ولا يكفى فى ذلك أن يكون قد سبق أن أعذر المدين بالوفاء لأن النص يقول انه لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده الا بعد رجوعه على المدين . ولا شك فى أن أقل ما يفهم من عبارة الرجوع على المدين اذا لم يكن المقصود بها التنفيذ على أمواله وتجريده منها انما هو رفع الدعوى عليه للحصول على حكم بالزامه بالدين . فاذا كان الدين ثابتا بسند رسمى فيعتبر رجوعا على المدين كافيا لتبرير مطالبة الكفيل مجرد التنبيه عليه بالوفاء .

على أن تقديم الدائن فى تفليسة المدين يقوم مقام رفع الدعوى على المدين ويبرر مطالبة الكفيل لأن شهر الافلاس يحول دون اتخاذ الدائنين اجراءات فردية ضد المدين المفلس . وهذا خلافا لحالة إعسار المدين غير التاجر لأن شهر الاعسار لا يحول دون اتخاذ الدائنين اجراءات فردية ضد المدين (المادة ٢٥٦ فقرة أولى مدنى) .

٥٥ م — (٣) شرط عدم انقضاء التزام الكفيل بالتقادم .

يجب أن يكون رفع الدعوى على الكفيل سابقا على انقضاء التزامه بالتقادم وفقا للقاعدة العامة فى التقادم أى بمضى مدة ١٥ عاما عليه ، لأنه لم يرد على تقادمه نص خاص ، وتسرى على تقادمه قواعد قطع التقادم ووقفه (أنظر المواد ٣٧٤ مدنى وما يليها) .

٥٦ — (ب) التنفيذ على أموال الكفيل — ومتى حصل الدائن على سند تنفيذى ضد الكفيل ، جاز له أن ينفذ بمقتضى هذا السند على أى مال من أموال الكفيل ، ولو لم ينفذ على أموال المدين .

غير أن الكفيل يستطيع فى هذه الحالة الأخيرة أن يقف اجراءات التنفيذ على أمواله من طريق الدفع بالتجريد . وسنرى أن هذا الدفع وسيلة مخولة للكفيل يستطيع بها أن يقف التنفيذ على أمواله الى أن يجرد الدائن المدين من أمواله ويتضح عدم كفاية هذه الأموال لوفاء الدين المكفول (أنظر ما سيجىء فى نبذة ٧٤) .

واذا تعدد الكفلاء جاز للدائن ان يوجه المطالبة الى أى منهم حسبما يرى دون الزام عليه بمراعاة أى ترتيب فى ذلك وليس للكفيل الذى توجه اليه المطالبة أولا ان يعترض على ذلك ، ما دام سيكون له على أى حال حق الرجوع على الكفلاء الاخرين(١٤٤) .

المطلب الثانى — حقوق الكفيل

أو الدفوع التى يجوز له التمسك بها

١ — حق الكفيل فى الرجوع على المدين

٥٦ — شرط ثبوت هذا الحق — الأصل ان ليس للكفيل الرجوع على المدين الا بعد أن يؤدى للدائن الدين المكفول ، لأنه أنما يرجع على المدين بما اداه عنه فقط .

ويكون له هذا الحق ليس فقط فى حالة وفائه دين المدين للدائن ،

---

(١٤٤) تيرى فى التامينات والشهر العقارى باريس سنة ١٩٨٨ ص ٨٧ نبذة ٦٣ .

بل فى كل حالة يبرأ فيها المدين من هذا الدين بأى طريق مما يقوم مقام الوفاء كالمقاصة أو تجديد الدين ، ولا يكون له ذلك اذا انقضى الدين بالتقادم ، فانقضى تبعا له التزام الكفيل(١٤٥) •

٥٧ — **تصنيف الدفوع التى تجوز للكفيل** — تقابل التزامات الدائن حقوق للكفيل يستطيع بمقتضاها أن يجبر الدائن على احترام التزاماته ، ويكون ذلك غالبا من طريق الدفع فى الدعوى التى يرفعها الدائن أو فى اجراء التنفيذ الذى يتخذه ضد الكفيل •

وللكفيل فوق هذه الحقوق التى تقابل التزامات الدائن دفوع أخرى يستطيع بموجبها أيضا أن يدفع دعوى الدائن أو اجراءات التنفيذ الموجهة ضده ، فيجوز له أن يدفع بجميع أسباب البطلان التى ترد على عقد الكفالة ذاته وبجميع الأسباب التى ينقضى بها التزامه • فاذا لم يكن له على عقد الكفالة أى مطعن ولم يكن التزامه ككفيل قد انقضى بصفة مستقلة عن الدين المكفول لأى سبب من الأسباب ، ثبتت له الدفوع المترتبة على عقد الكفالة ذاته •

ولأن التزام الكفيل التزام تابع ولأن محله ضمان الوفاء بالالتزام الأصلى ، فانه يتأثر بكل ما يؤثر فى الالتزام الأصلى من حيث الصحة والبطلان ومن حيث الوجود أو الانقضاء بما فى ذلك نزول الدائن عن دينه أو تجديده(١٤٦) • لذلك يكون أيضا للكفيل أن يتمسك بكافة الدفوع المتعلقة بالالتزام المكفول لأنه اذا استطاع أن يبطل هذا الالتزام الأخير أو يثبت انقضاءه بطلت الكفالة أو انقضت وبرئت ذمته منها(١٤٧) •

---

(١٤٥) الواسطى الجزئية ٢٤ مارس ١٩٣٧ المحاماة ١٨ — ٣٨٤ — ١٩٥ •

(١٤٦) أبو حمص الجزئية ٢٥ نوفمبر ١٩٢٢ المحاماة ٨ — ٥٧٥ — ٣٥٧ : تنازل المؤجر للمستأجر عن فسخ الاجارة المحكوم به يعتبر عقدا جديدا تبرأ به ذمة الضامن الاصلى .

(١٤٧) وللكفيل فوق ذلك مصلحة فى الطعن فى كل تصرف أو حكم =

ويمكن أن نرد هذه الدفوع جميعا الى ثلاثة أصناف : (١) دفوع متعلقة بالالتزام المكفول ، (٢) ودفوع متعلقة بالتزام الكفيل ، (٣) ودفوع مترتبة على عقد الكفالة ذاته .

(أولا) الدفوع المتعلقة بالالتزام المكفول

٥٨ — الأصل جواز التمسك بجميع الدفوع المتعلقة بالالتزام المكفول — الالتزام المكفول اما أن يكون باطلا أو صحيحا ، فان كان باطلا فقد يكون بطلانه بطلانا مطلقا أو بطلانا نسبيا ، وان كان صحيحا فاما أنه لا يزال قائما واما أنه قد انقضى بأى سبب من أسباب الانقضاء .

وعلى ذلك فالدفوع المتعلقة بالالتزام المكفول تهدف اما الى تقرير وقوعه باطلا ، واما الى تقرير وقوعه قابلا للابطال والتمسك بذلك لتقرير بطلانه ، واما الى تقرير انقضائه وبراءة ذمة المدين منه مع التسليم بصحته أصلا .

ولا نزاع فى أن صاحب الحق الأول فى كل هذه الدفوع انما هو المدين ، فيجوز له أن يتمسك بها جميعا ، سواء كانت جائزة لغيره أيضا أو غير جائزة .

ولأن التزام الكفيل التزام تابع لا يقوم الا لضمان الوفاء بالالتزام الأصلى ، أجيز للكفيل أن يتمسك بكافة الدفوع المتعلقة بالالتزام المكفول ، ونصت المادة ٧٨٢ فقرة أولى مدنى على أن « يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين ، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين »

= يؤثر فى الضمان العام المقرر للدائن على جميع أموال مدينه ، فيكون له أن يطعن بالدعوى البولصية فى كل تصرف يصدر من المدين فى مال معين من أمواله ، كان يطعن بالاستئناف فى دعوى الاستحقاق المرفوعة عن عين مملوكة للمدين (استئناف أهلى ٧ مارس ١٩٢٨ المحاماة ٨ — ٨٨٩ — ٥٢٤) .

(وتقابلها المادة ٥٠٩/٦٢٢ من التقنين الملغى والمادة ٢٠٣٦ مـــدنى فرنسى) •

وبناء على ذلك يجوز للكفيل أن يتمسك بالدفوع المتعلقة ببطــلان الالتزام المكفول كالدفع ببطلانه لانعدام الرضا أو المحل أو السبب ، أو لمخالفة محله أو سببه للنظام العام أو الآداب ، أو لعدم توافر الشــكل الخاص الذى اشترطه القانون فى العقد الذى أنشأ ذلك الالتزام •

وكذلك يجوز للكفيل أن يتمسك بكافة الأوجه التى تعتبر من طرق انقضاء الالتزام المكفول كالوفاء والمقاصة والتقادم(١٤٨) •

أما الدفوع التى تؤدى الى اعتبار الالتزام المكفول قابلا للابطال ، وهى التى تستند الى نقص أهلية المدين أو الى وجود عيب فى رضــاه ، فهى أيضا يجوز للكفيل أن يتمسك بها الا ما استثنى بنص خاص كمــا سيأتى فى النبذة التالية •

٥٩ — الاستثناء عــدم جــواز التمســك بنقص أهليــة المدين — فى التقنين الملغى كانت المادة ١١٢/١٦٨ فى باب التضامن تنص على أنه لا يجوز للمدين المتضامن أن يتمسك بالدفوع الخاصة exceptions personnelles بشخص غيره من المدينين المتضامنين معه ، وكان المقصود بذلك الدفوع المبنية على عيب فى الرضا أو نقص فى الأهليــة • أما فى باب الكفالة ، فقد أجازت المادة ٥٠٩/٦٢٢ للكفيل أن يتمســك بالدفوع التى يحتج بها المدين ما عدا الأوجه الخاصة بشخصه hormis les exceptions qui lui sont essentiellement personnelles.
وكان المقصود بهذه العبارة الأخيرة معنى أضيق من معنى العبارة المقابلة لها فى مادة التضامن ، أى أنه يقتصر على استثناء الدفع بنقص أهليــة المدين دون الدفع بعيوب الرضا ، بل حمل على أن المقصــود به ليس استثناء الدفع بنقص أهلية المدين فى جميع الأحوال وانما استثناء الدفع

---

(١٤٨) انظر فى ذلك مارتى ورينو فى المرجع السابق ص٢٩٧ نبذة ٥٩٦ .

بذلك فى الحالة التى نصت عليها المادة ٤٩٦/٦٠٥ فقط وهى الحالة التى يكون فيها الكفيل قد كفل دين ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته ، ومؤدى ذلك أنه يجوز للكفيل مالا يجوز للمدين المتضامن من دفوع الا الدفع بنقص أهلية المدين فى الحالة التى تكون فيها الكفالة حاصلة بسبب نقص الأهلية .

وقد أخذ التقنين الحالى بذلك فى عبارة أكثر وضوحا ، فأبقى على النص الخاص بالمدين المتضامن كما هو اذ نص فى المادة ٢٨٥ فقرة ثانية منه على أن لا يجوز للمدين الذى يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين ، فشمل بذلك الدفع بنقص أهلية المدين المتضامن معه والدفع بوجود عيب فى رضا ذلك المدين ، سواء كان المدين الموجهة اليه المطالبة يعلم وقت التعهد بسبب قابلية التزام المدين المتضامن معه للابطال أو لا يعلم ذلك . ونص فى باب الكفالة بعد أن قرر فى المادة ٧٨٢ فقرة أولى القاعدة العامة التى تجيز للكفيل أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين(١٤٩) على أنه « اذا كان الوجه الذى يحتج به المدين هو نقص أهليته ، وكان الكفيل عالما بذلك وقت التعاقد ، فليس له أن يحتج بهذا الوجه » ، فدل بذلك على أنه قصد أن يجيز للكفيل التمسك بابطال الالتزام المكفول لعيب فى رضا المدين ، سواء علم الكفيل أو لم يعلم بهذا العيب وقت الكفالة ، كما قصد أن يجيز له أيضا التمسك بابطال الالتزام المكفول لنقص أهلية المدين اذا لم يكن الكفيل قد علم وقت الكفالة بنقص أهلية المدين .

غير أن نص المادة ٧٨٢ فقرة ثانية بالرغم من وضوح عبارته يثير عند تقريبه من نص المادة ٧٧٧ صعوبة جديدة . ذلك أنه يكتفى فى منع الكفيل من التمسك بنقص أهلية المدين بأن يكون الكفيل قد علم بنقص أهلية المدين وقت الكفالة فى حين أن المادة ٧٧٧ لا تكتفى بذلك فى اقامة

(١٤٩) انظر المادة ١٠٤٢/٢ فى الكفيل العينى .

التزام الكفيل الذى ضمن التزام ناقص الأهلية ، بل تشترط فيه أن تكون الكفالة حاصلة بسبب نقص الأهلية • وقد تقدم أن الكفيل قد يعلم بنقص أهلية المدين دون أن يقصد بالكفالة أن يغطى هذا العيب فى التزام المدين ، وأنه فى هذه الحالة لا يلتزم كمدين أصلى بل يبقى التزامه تابعا ، فيبطل اذا تمسك المدين ببطلان الالتزام المكفول • أما اذا لم يتمسك المديـــن بذلك ، وجب التساؤل عما اذا كان يجوز للكفيل التمسك به •

ولا نزاع فى أن ظاهر نص المادة ٧٨٢ فقرة ثانية يفيد عدم جـــواز ذلك ما دام قد ثبت علم الكفيل وقت الكفالة بنقص أهلية المدين • ولكن الرجوع الى حكمة تشريع هذا النص والى أصله فى التقنين الملغى والى أعماله التحضيرية يؤدى الى وجوب تخصيصه بالحالة التى نصت عليها المادة ٧٧٧ أى الى عدم تحريم تمسك الكفيل بنقص أهلية المدين الا اذا كانت الكفالة قد تمت بسبب نقص أهلية المدين أى بقصد تغطية هـــذا النقص ، لا بمجرد علم الكفيل به وقت الكفالة(١٥٠) •

---

(١٥٠) ذلك أن أساس تحريم هذا الدفع على الكفيل هو انه لو تمسك المدين بنقص اهليته بقى الكفيل بعد ذلك ملتزما كمدين اصلى ، فلا يجوز للكفيل من باب أولى ان يتمسك هو بالبطلان اذا لم يتمسك به المدين (أنظر فى هذا المعنى بيدان ونواران نبذة ٩٥) . وقد كان الامر كذلك فى التقنين الملغى حيث كانت المادة ٥٠٩/٦٢٢ تحرم على الكفيل أن يتمســـك بالدفوع الخاصـــة بشخص المدين ، فصرف ذلك فقط الى الحالة المنصوص عليها فى المـــادة ٤٩٦/٦٠٥ وهى التى يكون فيها الكفيل قد ضمن دين ناقص الاهلية بسبب نقص اهليته . وقد أريد عند وضع المشروع التمهيدى لتنقيح القانون المـــدنى التنسيق بين نصوص المادتين ١١٣٥ فقرة ثانية و ١١٥٩ المقابلتين للمادتين ٧٧٧ و ٧٨٢ فقرة ثانية من التقنين الحالى ، فنص فى الاولى على ان « تصح كفالة الالتزام الذى يعقده ناقص الاهلية اذا كان الكفيل يعلم بنقص اهليته » ، ونص فى الثانية على أن للكفيل « ان يتمسك بجميع الاوجه التى يحتج بها المدين ما عدا الاوجه المتصلة بشخصه خاصة ، وذلك مع مراعاة ماورد بالمادة =

٦٠ ـ التمسك بالدفوع المتعلقة بالالتزام المكفول يعتبر حقا خاصا للكفيل ـ يجوز للكفيل أن يتمسك بالدفوع المتعلقة بالالتزام المكفول

______

= ١١٣٥ » . وجاء فى المذكرة الايضاحية تعليقا على هذا النص الاخير انه « يطابق تماما المادة ٥٠٩/٦٢٢ ، وهو يقرر حكما أساسيا تقتضيه طبيعة الكفالة . فالتزام الكفيل تابع للالتزام الاصلى ، وهو يبطل كلما بطل هذا الالتزام كما انه ينقضى بمجرد انقضائه . على ان المشروع يتحفظ بالنسبة الى الحكم الوارد بالمادة ١١٣٥ الخاص بكفالة التزام ناقص الاهلية اذا كان الكفيل يعلم بنقص الاهلية ، فانه استثناء لا يجوز للكفيل فى هذه الحالة التمسك ببطلان الالتزام الاصلى » .

غير انه حدث بعد ذلك ان عدلت لجنة المراجعة نص المادة ١١٣٥ من المشروع بما يقربه من نص المادة ٤٩٦/٦٠٥ مدنى قديم اى بما يجعل شرط التزام من يكفل دين ناقص الاهلية أن تكون الكفالة حاصلة بسبب نقص الاهلية ولا يكتفى فيه بأن يكون الكفيل عالما بنقص اهلية المدين » وابقت نص المادة ١١٥٩ على أصله . ولكن لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب عدلت هذا النص الاخير الى ما أستقر فى المادة ٧٨٢ فقرة ثانية مدنى ، وقالت فى هذا التعديل ان من شأنه أن يقيد من اطلاق العبارة التى وردت فى آخر النص الاصلى والتى حذفت عند التعديل وهى « ما عدا الاوجه المتصلة بشخصه خاصة » ، فان المقصود بهذه العبارة هو نقص الاهلية ، ولكن عدم احتجاج الكفيل بنقص اهلية المدين ينبغى الا يكون مطلقا ، وينبغى أن نميز بين ما اذا كان الكفيل يعلم بنقص اهلية المدين فلا يجوز له فى هذه الحالة ان يحتج بذلك ، وبين ما اذا كان لا يعلم بنقص الاهلية فينبغى ان يكون له الحق فى الاحتجاج بذلك وفقا للقواعد العامة » .

ويبين من ذلك ان نص المادة ٧٨٢ فقرة ثانية كان المقصود به فى اصل وضعه تحريم الدفع بنقص الاهلية فى الحالة التى كان منصوصا عليها فى أصل المادة ٧٧٧ : اى الحالة التى يلتزم فيها الكفيل التزاما اصليا ، واذا كانت هذه الحالة قد عدلت شروطها فأصبح يلزم فيها ان تكون الكفالة عقدت بسبب نقص الاهلية ، فان هذا التعديل يجب أن يحد من حكم المادة ٧٨٢ فقرة ثانية ، فلا يحرم الدفع على الكفيل بمجرد علمه بنقص الاهلية ويقصر التحريم على الحالة التى تكون فيها الكفالة حاصلة بسبب نقص الاهلية وفقا للمادة ٧٧٧ مدنى .

وقد اصبح يقول بهذا الراى عبد الباقى فى الطبعة الثانية نبذة ٦٥ مكررة . وقارن عبد الودود يحيى نبذة ٤٥ ص ٤٠ و ٥١ ، نبذة ٣٤ ص ٦٦ .

ليس فقط باسم المدين ومن طريق الدعوى غير المباشرة ، بل أيضـــا باسمه الخاص لأنه ذو مصلحة شخصية ومباشرة فى ابطال الالتـــزام المكفول أو تقرير انقضائه(١٥١) حيث ان التزامه ، وهو التزام تابــع ، يدور مع الالتزام المكفول وجودا وعدما •

ويترتب على ذلك أن يجوز للكفيل التمسك بهذه الدفوع ولو نــزل عنها المدين ، فيجوز له مثلا أن يتمسك بتقادم الدين المكفـــول ولو لم يتمسك به المدين بل ولو نزل هذا صراحة عن التقادم ، لأن نزول المدين لا يصح أن يضر الكفيل • وفى هذه الحالة يعتبر الدين قائما فى ذمـــة المدين ولكنه يعتبر منقضيا بالنسبة الى الكفيل •

غير أن نزول المدين عن الدفع بالبطلان النسبى المبنى على نقــص الأهلية أو على عيب فى الرضا ، لأنه يجعل العقد كأن لم يكن قابلا للابطال فى أى وقت مضى ، يمنع الكفيل من التمسك بذلك الدفع الا اذا ثبت أن المدين كان فى نزوله عن هذا الدفع متواطئا مع الدائن اضرارا بالكفيل ، فحينئذ يجوز للاخير أن يطعن فى هذا النزول وأن يطلب الحكم بعــدم نفاذه فى حقه ، تمكينا له من التمسك بالدفع الذى نزل عنه المدين •

(ثانيا) الدفوع المتعلقة بالتزام الكفيل

٦١ — للكفيل التمسك بجميع أنواع الدفوع المتعلقــة بالتزامه — ينشأ التزام الكفيل من عقد الكفالة ، فيتوقف وجوده على صحة هــذا العقد • وفوق ذلك فان هذا الالتزام يتحدد بالأوصاف التى يضيفها اليه

---

(١٥١) وبناء على ذلك يجوز للكفيل ان يتدخل فى الدعوى المرفوعــة من الدائن على المدين لكى يتمسك بدفع قد لا يتمسك به المدين (منصــور مصطفى نبذة ٣٣ ص٢٤٠ ، عبد الودود يحيى نبذة ٤٤ ص ٤٩ و ص ٥٠) .

عقد الكفالة . فاذا وجد هذا الالتزام ، بسيطا كان أو موصوفا ، جاز أن يرد عليه الانقضاء بأى طريق من طرق الانقضاء .

ولذلك يجوز للكفيل أن يتمسك بأوجه الدفع المتعلقة ببطلان عقد الكفالة ، كالدفع بانعدام الرضا أو بانعدام محل الكفالة أو سببه او بعدم مشروعية أحدهما ، وكالدفع بنقص أهلية الكفيل أو بوجود عيب فى رضاه .

ويجوز له أيضا دفع المطالبة الموجهة اليه بعدم حلول أجل الكفالة ، أو بعدم تحقق الشرط الواقف الذى علقت عليه الكفالة أو بتخلف الشرط الفاسخ الذى اقترنت به .

وكذلك يجوز للكفيل أن يدفع دعوى الدائن بانقضاء التزامه بالكفالة بأى سبب من أسباب انقضاء الالتزامات كالمقاصة والتقادم والابراء . ولا يؤثر فى تقادم التزامه أى اجراء يقطع تقادم التزام المدين الاصلى كمطالبة المدين واستصدار حكم عليه بالدين الأصلى(١٥٢) .

(ثالثا) الدفوع المترتبة على عقد الكفالة

٦٢ — بيان الدفوع المترتبة على عقد الكفالة — متى كان الالتزام المكفول صحيحا وقائما . ومتى كان عقد الكفالة والتزام الكفيل كذلك أيضا ، أى أن لا مطعن عليهما من المدين أو من الكفيل ، لم يبق للكفيل سوى التمسك بالحقوق أو الدفوع التى تقابل التزامات الدائن . أو التمسك بحق آخر يخوله اياه عقد الكفالة بسبب كون التزامه تابعا لالتزام المدين الأصلى ومقررا فى ذمته احتياطا لحالة تعذر تحصيل الدين المكفول من المدين الأصلى ، ذلك هو حق التجريد .

---

(١٥٢) نقض مدنى ٦ يونيه ١٩٤٠ المحاماة ٢١ — ٣٢٢ — ١٥٤ .

وبناء على ذلك يترتب على عقد الكفالة ذاته فى علاقة الدائن والكفيل نشوء الحقوق أو الدفوع الآتية لمصلحة الكفيل .

١ — الدفع بعدم جواز مطالبته بصفة مستقلة الا بعد مطالبة المدين.

٢ — الدفع بتأخر الدائن فى المطالبة تأخرا أضر بالكفيل .

٣ — الدفع بالامتناع عن الوفاء الى حين تسليمه مستندات الدين .

٤ — الدفع باضاعة التأمينات .

٥ — الدفع بالتجريد .

٦٣ — (١) الدفع بعدم جواز مطالبة الكفيل قبل مطالبـة المدين — تقدم فى نبذة ٥٥ أن المادة ٧٨٨ فقرة أولى نصت على أنه « لا يجـوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده الا بعد رجوعه على المدين » ، وأن هذا النص يفرض قيدا على حق الدائن فى مطالبة الكفيل . فاذا رفـع الدائن الدعوى على الكفيل قبل أن يرفعها على المدين ، كانت دعواه على الكفيل غير جائزة القبول لعدم توافر الشرط الذى اشترطته المادة ٧٨٨ فقرة أولى المذكورة .

٦٤ — طبيعة هذا الدفع وحكمه — لا يعتبر هذا الدفع دفعـا موضوعيا اذ أنه لا يرد على الحق المطالب به ، ولا يعتبر دفعا شكليا لأن الدفوع الشكلية ذكرتها المادة ١٣٢ مرافعات على سبيل الحصر وليس من بينها هذا الدفـع ، وانما يعتبر دفعـا بعـدم قبـول الدعوى fin de non-recevoir لأنه مبنى على عـدم توافـر شرط لازم لقبول الدعوى(١٥٣) .

وقد نصت المادة ١٤٢ مرافعات على أن الدفع بعدم قبول الدعوى يجوز ابداؤه فى أية حالة تكون عليها ولو فى الاستئناف .

---

(١٥٣) عبد الباقى ص ١٣٣ هامش ١ .

وبناء على ذلك يجوز ابداء هذا الدفع ولو لأول مرة أمام محكمة الدرجة الثانية ، ويتعين الأخذ به متى ثبت أن الدعوى رفعت على الكفيل دون أن ترفع على المدين • ولا يترتب على الأخذ به سوى عدم قبول الدعوى المرفوعة على الكفيل بحالتها ، أى أنه لا يترتب عليه المساس بحق الدائن فى رفع الدعوى من جديد على الكفيل بعد أن يرفعها على المدين(١٥٤) •

ويخلص من مقارنة نص الفقرة الأولى من المادة ٧٨٨ التى تقضى بأنه « لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده الا بعد رجوعه على المدين » بنص الفقرة الثانية منها التى تقول « ولا يجوز له (أى للدائن) أن ينفذ على أموال الكفيل الا بعد تجريده المدين من أمواله ، ويجب على الكفيل فى هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق » . أنه لا يشترط تمسك الكفيل بالدفع بعدم جواز مطالبته قبل مطالبة المدين كما يشترط ذلك فى الدفع بالتجريد ، وأنه يجوز للمحكمة أن تأخذ به من تلقاء نفسها كما تقضى مثلا بعدم قبول الطعن فى الحكم لتقديمه بعد الميعاد(١٥٥) (المادة ٣٨١ مرافعات) •

وقد يبدو غريبا القول بأنه يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذا الدفع من تلقاء نفسها ، أى ولو لم يتمسك به الكفيل ، لأن هذا الدفع انما شرع لمصلحة الكفيل خاصة ولأن الكفيل يجوز له النزول عنه صراحة ، فيعتبر سكوته عن التمسك به نزولا ضمنيا كان يجب أن يترتب عليه سقوط هذا الدفع وامتناع أخذ المحكمة به من تلقاء نفسها(١٥٦) •

---

(١٥٤) فى هذا المعنى عبد الباقى نبذة ٧٧ ، منصور مصطفى نبذة ٢٩ ، عبد الودود يحيى نبذة ٤٧ .

(١٥٥) قارن عبد الودود يحيى نبذة ٤٨ .

(١٥٦) انظر فى هذا المعنى عبد الباقى نبذة ٧٧ ، امام نبذة ٥٨ ، منصور مصطفى نبذة ٢٩ ص ٥٧ .

غير أننا بالرغم من هذا النقد نرى ارادة المشرع فى هـذا المعنى واضحة من مقارنة فقرتى المادة ٧٨٨ بما لا يحتمل تفسيرا أو تأويلا ، بل ان الرجوع الى الأعمال التحضيرية لهذه المـادة يزيد هـذا المعنى تأكيدا(١٥٧) ، فلا يبقى الا التسليم به بالرغم مما يرد عليه من نقد .

---

(١٥٧) يخلص من الاعمال التحضيرية ان المادة ٧٨٨ مدنى أصلهـا المادتان ١١٤٤ و ١١٤٥ من المشروع التمهيدى اللتين كان نصهما كما يأتى :

المادة ١١٤٤ — لا يجبر الكفيل على الوفاء للدائن الا اذا لم يوفه المدين ، ويجب ان يرجع الدائن أولا على المدين الا اذا تنازل الكفيل عن حق التجريد او التزم متضامنا مع المدين ، فيخضع التزامه فى هذه الحالة للقواعد الخاصة بالتضامن .

المادة ١١٤٥ — لا يلزم الدائن بتجريد المدين الا اذا طلب الكفيل ذلك عند الاجراءات الاولى التى توجه ضده .

فلما عرضت هاتان المادتان على لجنة مراجعة المشروع قبل ارساله الى البرلمان رات اللجنة ادماجهما فى مادة واحدة وتعديل صياغتهما تعديلا استبعد منه حالة الكفالة التضامنية (اولا) لأن النص يواجه حالة الكفالة البسيطة و (ثانيا) لان حكم النص يكتنفه الغموض بالنسبة الى رجوع الدائن على الكفيل وحده ومتى يكون له ذلك — ولذلك رات اللجنة أن يكون النص من شقين الاول يتناول الرجوع والثانى يتناول التنفيذ . لان نص المشروع يخلط بينهما خلطا تتداخل فيه أحكام الامرين . وبالنسبة للشق الاول رات أن يمنع النص الدائن من الرجوع على الكفيل البسيط وحده الا بعد رجوعه على المدين ، وجعلت الحكم فى الشق الثانى خاصا بالتنفيذ فمنعت الدائن من التنفيذ على الكفيل الا بعد تجريد المدين . ثم اضافت للحكمين حكما ثالثا مفاده وجوب تمسك الكفيل بحقه فى الصورتين ، بحيث لو رفعت دعوى عليه وحده ولم يتمسك بالشق الاول من حقه جاز الحكم عليه ، وبالمثل فى حالة التنفيذ ، وأصبح النص كما يأتى .

١ — لا يجوز للدائن ان يرجع على الكفيل وحده الا بعد رجوعه على المدين .

٢ — لا يجوز ان ينفذ على أموال الكفيل الا بعد تجريد المدين من أمواله .

٣ — يجب على الكفيل فى الحالتين ان يتمسك بهذا الحق .

(أنظر مجموعة الاعمال التحضيرية للتقنين المدنى جـ٥ ص ٤٩٧) .

٦٥ ـ شروط التمسك بهذا الدفع أو الأخذ به ـ يبين من الأعمال التحضيرية للمادة ٧٨٨ مدنى أن شروط الدفع بعدم جواز مطالبة الكفيل قبل مطالبة المدين هى شروط الدفع بالتجريد ذاتها فيما عدا شرط تمسك الكفيل بهذا الدفع(١٥٧)، ، أى أنه يشترط فيه توافر ثلاثة شروط •

(١) أن لا يكون الكفيل قد نزل صراحة عن هذا الدفع ، سواء وقت عقد الكفالة أو بعد ذلك • ونحن نرى أن هـذا الشرط ضرورى ولو أنه لا يتسق مع ما بدا من قصد المشرع اعتبار هذا الدفع قائما دون حاجة

= غير انه لما عرضت هذه النصوص على لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، اثار معالى حلمى عيسى باشا اعتراضا على الفقرة الثالثة التى تقتضى بوجوب تمسك الكفيل بحق التجريد عند الرجوع عليه من الدائن أو عندما يتخذ هذا الدائن ضده اجراءات تنفيذية ، وقال انه يجب قصر وجوب التمسك بحق التجريد على التنفيذ .

وبعد مراجعة القانون القائم بناء على طلب معالى السنهورى باشا تبين أن سقوط حق الكفيل فى التمسك بالتجريد يكون عند التنفيذ فقط وليس عند رفع الدعوى ، ولذا رات اللجنة ادماج الفقرتين الثانية والثالثة فى فقرة واحدة حتى يكون حكم السقوط قاصرا على التنفيذ فقط . وقد اقتضى هذا تعديل الفقرة الثالثة التى ادمجت فى الفقرة الثانية بحيث يصدق حكمها على حالة التنفيذ فقط (انظر محضر الجلسة الخامسة والثلاثين من محاضر لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ فى مجموعة الاعمال التحضيرية جـ٥ ص ٤٩٨) .

غير أن تقرير اللجنة الى مجلس الشيوخ قد ورد فيه خطأ انها ادمجت الفقرة الثالثة من هذه المادة فى الفقرة الثانية مع تعديل لفظى طفيف لا يمس جوهر الحكم ، وتظهر اهمية هذا الخطأ من أن هذه العبارة الاخيرة قد توحى (كما أوحت فعلا الى زميلنا الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى ، ص ١٣٣ هامش ١ من كتابه) أن المشرع لم يقصد قصر ضرورة التمسك بالدفع على حالة التنفيذ على اموال الكفيل ، فى حين ان الثابت من مناقشات اللجنة انه قصد ذلك ، بقطع النظر عن توفيقه او عدم توفيقه فيما قصد اليه .

(١٥٧مكرر) انظر فى التمييز بين الدفع بعدم جواز مطالبة الكفيل قبل مطالبة المدين والدفع بالتجريد السنهورى فى الوسيط جـ ١٠ نبذة ٤٤ ص ٩٨ الى ص ١٠٢ .

الى تمسك الكفيل به اذ لا مناص من التسليم بأن للكفيل أن يتنازل صراحة عن هذا الدفع كما أن له أن يتنازل صراحة عن حقه فى الرجوع على المدين(١٥٨) .

(٢) أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين ، لأن التضامن يخول الدائن أن يرجع على أى من المدينين المتضامنين أو عليهم مجتمعين (المادة ٢٨٥ فقرة أولى مدنى) ، فيترتب عليه عدم التزام الدائن بمطالبة المدين قبل مطالبة الكفيل ، وبالتالى اسقاط حق الكفيل فى هذا الدفع(١٥٩) .

(٣) أن لا تكون مطالبة المدين عديمة الجدوى ، لأنه اذا كان المدين لا يملك شيئا يستطيع الدائن أن يستوفى منه حقه ، انعدمت مصلحة الكفيل فى التمسك بهذا الدفع ، ولأن المصلحة شرط أساسى لقبول الدعوى أو الدفع(١٦٠) .

٦٦ — (٢) الدفع بتأخر الدائن فى مطالبة المدين تأخرا أضر بالكفيل — تقدم أن الدائن ملتزم بموجب عقد الكفالة أن يطالب المدين عند حلول أجل الدين وأن لا يبطىء فى ذلك أكثر مما يفعله الرجل المعتاد (راجع نبذة ٤٩) ، فاذا تأخر أكثر من ذلك وترتب على تأخره ضرر للكفيل كأن يكون المدين قد أعسر فى مدة التأخير أو زاد اعساره ، جاز للكفيل أن يدفع المطالبة الموجهة اليه ببراءة ذمته من الكفالة بقدر الضرر الذى عاد عليه من تأخر الدائن فى مطالبة المدين .

---

(١٥٨) فى هذا المعنى عبد الودود يحيى نبذة ٤٨ . وانظر عكس ذلك السنهورى ج ١٠ نبذة ٤٤ ص ١٠٤ .

(١٥٩) عبد الودود يحيى نبذة ٤٨ ص ٥٤ .

(١٦٠) ويعتبر تحصيل وجود اموال للمدين يمكن التنفيذ عليها واستداد الدائن دينه منها امرا موضوعيا ، لا رقابة لمحكمة النقض على تحصيل قاضى الموضوع اياه (نقض مدنى ٢١ يناير ١٩٣٧ مجموعة القواعد القانونية ٢ —

وكذلك اذا أنذر الكفيل الدائن باتخاذ الاجراءات ضد المدين بعد حلول أجل الدين ولم يقم الدائن بذلك خلال ستة أشهر من تاريخ هذا الانذار ولم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا (المادة ٧٨٥ فقرة ثانية) أو اذا أفلس المدين ولم يتقدم الدائن فى التفليسة بالدين (المادة ٧٨٦)(١٦١) .

ويعتبر هذا الدفع دفعا موضوعيا يترتب على قبوله وجوب الحكم برفض دعوى الدائن كلها أو بعضها وابراء الكفيل من التزامه كله أو بعضه . فيجوز ابداؤه فى أية حالة تكون عليها الدعوى الى حين قفل باب المرافعة ، ويعتبر التكلم فيه مسقطا للحق فى ابداء الدفوع الشكلية ، ويعتبر الفصل فيه فصلا فى موضوع الدعوى يحوز حجية الشىء المحكوم فيه . على انه فى حالة افلاس المدين ، فان قبول هذا الدفع يؤدى الى الحكم ببراءة ذمة الكفيل من قدر من الدين يعادل ما كان سيحصل عليه الدائن لو انه تقدم بالدين فى التفليسة(١٦٢) .

٦٧ — (٣) الدفع بالامتناع عن الوفاء الى حين تسليم مستندات الدين — وقد تقدم أيضا أن الدائن يلتزم بتسليم الكفيل وقت وفائه الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه فى الرجوع (أنظر نبذة ٥٠) . فاذا طالب الدائن الكفيل بالوفاء ، كان للاخير أن يقتضى من الأول

---

(١٦١) وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بان نص المادة ٧٨٦ مدنى على انه اذا افلس المدين وجب على الدائن ان يتقدم فى التفليسة بالدين ، والا سقط حقه فى الرجوع على الكفيل بقدر ما اصاب هذا الاخير من ضرر بسبب اهمال هذا الدائن » مفاده انه اذا افلس المدين قبل حلول اجل الدين المكفول ، فانه يتعين على الدائن ان يتقدم بحقه فى تفليسة المدين ليحصل على ما يمكنه الحصول عليه من حقه ، ثم يرجع بالباقى عند حلول الاجل على الكفيل . فاذا قصر الدائن ولم يتقدم فى تفليسة المدين ، فان ذمة الكفيل تبرأ بقدر ما كان الدائن يستطيع الحصول عليه من التفليسة (نقض مدنى ١١ يناير ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض ٢٨ — ١٩٤ — ٤٦) .

(١٦٢) فى هذا المعنى عبد الودود يحيى نبذة ٤٩ ص ٥٦ .

تسليمه مستندات الدين ليتمكن من الرجوع بها على المدين • فاذا رفض الدائن تسليمها وطالب الكفيل بالوفاء ، جاز للأخير أن يدفع الدعوى الموجهة اليه بحقه فى الامتناع عن الوفاء الى أن يقوم الدائن بتسليمه مستندات الدين(١٦٣) •

ويعتبر هذا الدفع أيضا من الدفوع الموضوعية ، وهو لا يعدو أن يكون تطبيقا للحق فى الحبس أو للدفع بعدم التنفيذ •

٦٨ — (٤) الدفع باضاعة التأمينات — وتقدم فى نبذة ٥١ أن الدائن ملتزم بالمحافظة على التأمينات الخاصة الضامنة للدين المكفول وباحلال الكفيل فيها عند وفائه الدين ، فيقابل هذا الالتزام المفروض على الدائن حق للكفيل فى التعويض عما أضاعه الدائن بخطئه من التأمينات الخاصة ، ويجوز له بمقتضى هذا الحق أن يدفع مطالبة الدائن اياه بالقدر الذى يستحق به تعويضا عن التأمينات التى ضاعت • ويثبت هذا الحق للكفيل ولو كان متضامنا مع المدين(١٦٤) ، والراجح انه يثبت للكفيل العينى كما يثبت للكفيل الشخصى(١٦٥) •

---

(١٦٣) عبد الودود يحيى نبذة ٥١ ص ٦٠

(١٦٤) ويرى الدكتور منصور مصطفى ان الكفيل المتضامن يختلف فى ذلك عن المدين المتضامن ، اذ ان الاخير لا يبرأ من التزامه لمجرد اضاعة الدائن بخطئه التأمينات التى تضمن الدين ، ولو انه يستفيد من هذه التأمينات عند رجوعه على غيره بدعوى الحلول ، ولكنه يجوز له ان يرجع على الدائن الذى أضاع تأمينا بخطئه وفقا لقواعد المسئولية التقصيرية او وفقا لقواعد المسئولية العقدية اذا كان الدائن قد تعهد له بالمحافظة على التأمينات (منصور مصطفى ص ٧٤ هامش ١) .

(١٦٥) عبد الباقى ص ٢٣٤ رقم ١٤٨ ، محمد على امام رقم ١١٦ ، جمال الدين زكى ص ٩٢ رقم ٤٦ ، منصور مصطفى ص ٧٤ ، اوبرى ورو جـ ٦ ص ٤٢٨ رقم ٤٢٩ ، بودرى وفال ص ٦٢٣ رقم ١١٨٧ . بيدان وفواران ص ١٠٨ رقم ١٠٢ ، بلانيول وريبير وسافاتييه ص ١٠٠٤ رقم ١٥٥٨ .
وانظر عكس ذلك كامل مرسى ص ١٧٤ و ١٧٥ رقم ٧٥ والمراجع =

ويشترط فى ثبوت هذا الدفع للكفيل توافر ثلاثة شروط :

(١) أن يكون الدين المكفول مضمونا أيضا بتأمينات خاصة •

(٢) أن يضيع الدائن شيئا من هذه التأمينات الخاصة بخطأ منه •

(٣) أن يترتب على اضاعة هذه التأمينات ضرر للكفيل •

٦٩ — الشرط الأول — وجـــود تامينات خاصة — يشترط أولا فى ثبوت هذا الدفع أن يكون الدين المكفول مضمونا أيضا بتأمينـــات خاصة • وقد صرحت بذلك المادة ٧٨٤ مدنى فانها بعد أن قررت فى فقرتها الأولى مبدأ براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات ، أوضحت فى فقرتها الثانية المقصود بهذه الضمانات بأنه كل تأمين يخصص لضمان الدين ولو تقرر بعد الكفالة وكل تأمين مقرر بحكم القانون(١٦٦) •

فاذا كان الدين المكفول ليس مضمونا فيما عدا الكفالة بغير حـــق الضمان العام المقرر للدائن على جميع أموال مدينه ، فلا يثبت هذا الدفع للكفيل ولو أهمل الدائن فى استعمال حق الضمان بأن تهاون فى مطالبـــة المدين حتى أعسر أو بأن قصر فى الطعن فى بعض تصرفات المدين بعـــدم نفاذها فى حقه أو فى استعمال حقوق المدين من طريق الدعـــوى غيـــر المباشرة ، لأن الدائن فى جميع هذه الأحوال لا يكون قد أضاع تأمينـــات خاصة فلا تنطبق عليه المادة ٧٨٤ ، واذا جازت مؤاخذته على ما قد يكون وقع منه من اهمال أو تقصير ، فلن يكون ذلك بمقتضى هذه المادة بـــل

= الفرنسية التى اشار اليها فى هامش ص ١٧٥ وهو يعلل اخذه بهذا الرأى بان « المادة لم تقرر الا لمصلحة الكفيل الشخصى ، وهى تقرر حكمها استثنائيـــا ، فيجب عدم التوسع فيه » • وقرب فى هـــذا المعنى أستئناف مختلط ٢٦ يناير ١٩٣٦ المحاماة ١٨ — ٦٧٣ — ٣٢٦ •

(١٦٦) انظر فى هذا المعنى فى ظل التقنين الملغى استئناف اســـيوط ٣١ يناير ١٩٢٨ المحاماة ٨ — ٥١١ — ٣٢٥ •

بمقتضى المادة ٧٨٥ التى توجب عليه أن لا يتأخر فى اتخاذ اجـراءات المطالبة أكثر مما يتأخر فى ذلك الرجل المتوسط العناية(١٦٧)، • وسنرى أن ثمة فرقا مهما فى شروط تطبيق كل من هاتين المادتين فيما يتعلق بركن الضرر (انظر ما سيجىء فى نبذة ٧١) •

وبناء على ذلك فلا بد فى التمسك بالدفع باضاعة التأمينات من أن يكون الدين المكفول مضمونا أيضا اما بكفالة أخرى شخصية أو عينية ، واما برهن رسمى أو حيازى ، واما بحق اختصاص أو حق امتياز ، واما بحق حبس أو بتضامن مع مدين آخر الخ • أى أنه لا يشترط أن يكون التأمين الخاص تأمينا عينيا . بل يجوز أن يكون تأمينا شخصيا كالكفـالة والتضامن أو أية وسيلة أخـرى من وسائل الضمان كالحق فى الحبس • ولا يشترط أن يكون تأمينا اتفاقيا بل يجوز أن يكون قضائيـــا كحق الاختصاص أو قانونيا كحق الامتياز • ولا يشترط أن يكون مقررا على مال للمدين بل يجوز أن يكون مقررا على مال غيره كالكفيـــل العينى والحائز . ولا يلزم أن يكون مقررا وقت نشوء الدين المكفول أو وقت الكفالة بل يكفى أن يكون قد تقرر قبل براءة ذمة الكفيل(١٦٩) •

ولا عبرة فى ذلك بنقص الضمان العام المقرر للدائن على جميـ أموال مدينه . ولا باغفال الدائن اتخاذ اجراء تحفظى على بعض أموال

---

(١٦٧) قرب فى هذا المعنى نقض مدنى ٢ فبراير ١٩٣٣ مجموعـــة القواعد القانونية ١ — ١٧٢ — ٩٧ . وس.م ١١ يونيه ١٩٤٠ . (٥٢ ص ٢٩٧) وقد جاء فيه ان اغفال حجز محصول الارض الزراعية لا يشكل خطأ عن جانب الدائن يترتب عليه ابراء ذمة الكفيل لان لفظ « الضمانات gadranties الوارد فى المادة ٦٢٣ مدنى مختلط يجب ان يقتصر معناه على التأمينات العينية التى انشئت لضمان الدين .

(١٦٩) انظر فى خلاف ذلك استئناف مختلط ٢٠ ابريل ١٩٣٩ (٥١ ص ٣٧) حيث يشـــترط ان يكون التامين الخاص الذى ضيعه الدائن سابقا على عقد الكفالة او معاصرا له .

مدينه(١٧٠) .

وقد قضت محكمة النقض فى ظل التقنين الملغى بأن المقصود بكلمة التأمينات les garanties الواردة فى المادة ٥١٠ مدنى الضمانات الملحوظة وقت التعاقد على الكفالة سواء كانت ضمانات خاصة منوه عنها فى العقد أو ضمانات خاصة يقضى بها القانون بقوته وسلطانه دون حاجة الى النص عليها بالعقد كحق امتياز المؤجر المقرر فى المواد ٦٠١/٦ مدنى و ٦٤٨ مرافعات أهلى . ويراد بالضمانات الخاصة هذه (سواء كانت تعاقدية بحكم العقد أو قانونية بحكم القانون) الضمانات التى تختلف عما هو معروف بحق الضمان العام gage général المقرر اجمالا للدائن ، اذ اهمال الدائن فى المحافظة على هذا النوع الأخير أى الضمان العام لا يسرى عليه حكم المادة ٥١٠ مدنى . وعلى ذلك اذا قصر الدائن المؤجر فى توقيع الحجز الامتيازى على زراعة المستأجر كان هذا تقصيرا واهمالا منه فى اضاعة التأمينات الخاصة تبرأ ذمة الكفيل بقدرها ، ولكنه لما كان الغرض هو رفع شبهة الاهمال عنه فى اضاعة التأمينات الخاصة ، فانه لا اهمال فيما اذا جاء الدائن وعمل من الطريق الودى على الاستفادة من هذا الامتياز ببيع المحصول بالتراضى مع المدين(١٧١) .

---

(١٧٠) نقض مدنى ٢ فبراير ١٩٣٣ مجموعة القواعد القانونية ١ — ٦٦٣ رقم ٤ كفالة وقد جاء فيه أن اهمال المؤجر المستأجر فى الوفاء بأجرة الارض لا تأثير له فى التزام الكفيل . وعدم توقيع الحجز التحفظى على الزراعة لا يعتبر تفسيرا مخليا لذمة الكفيل مما ينطبق عليه حكم المادة ٥١٠ مدنى قديم (= المادة ٧٨٤ مدنى) مادام هذا الحجز يتعارض مع الاهمال الذى هو حق مطلق للمؤجر ، وما دام للكفيل بمقتضى المادة ٥١٣ مدنى قديم — على الرغم من الاهمال — مطالبة المستأجر وتوقيع الحجز التحفظى على ما يضمن الاجرة المستحقة .

(١٧١) نقض مدنى ٢٩ يونيه ١٩٣١ المحاماة ١٢ — ٥٣٤ — ٢٦٥ .

٧٠ ـ الشرط الثانى ـ اضاعة تأمين خاص بخطأ الدائن ـ متى كان الدين المكفول مضمونا أيضـــا بتأمين خاص ، وجب على الدائن المحافظة على هذا التأمين الخاص ، ولزمه أن يبذل فى ذلك من العنـــاية ما يبذله الرجل المعتاد ، أى ان التزامه بالمحافظة على هذا التأمين يعتبر التزاما بوسيلة ، فلا يعتبر مجرد ضياع التأمين خطأ من الدائن يستوجب مساءلته ، بل يجب على الكفيل أن يثبت أن الضياع كان نتيجـــة سلوك الدائن مسلكا ما كان يسلكه الرجل المعتاد ، أى أنه نتيجة مسلك من الدائن يعتبر خطأ •

فاذا ضاعت التأمينات بسبب أجنبى عن الدائن كالقوة القاهرة أو خطأ الغير أو خطأ المدين أو خطأ الكفيل نفسه ، فلا محل لمساءلة الدائن عن ذلك ولا يثبت للكفيل الدفع باضاعة التأمينات •

أما اذا ضاعت التأمينات الخاصة بخطأ الدائن أو خطأ شخص ممن هو مسئول عنهم سواء كان هذا الخطأ فعلا ايجابيا أو تركا ، فان الدائن يكون مسئولا ويثبت للكفيل الحق فى براءة ذمته بقـــدر ما ضـــاع من التأمينات الخاصة(١٧٢) • ومثل ذلك أن يبرىء الدائن أحد الكفلاء ، أو ينزل عن حق رهن أو عن استعمال حق التقدم الذى تخوله اياه مرتبـــة رهنه أو يهمل فى قيد الرهن أو تجديده أو فى استئناف حكم صادر بالغائه ، أو يقصر فى المحافظة على الشىء المحبوس لديه أو المرهون حيـــازيا فيتسبب فى هلاكه ، أو يقصر فى استرداد الشىء المرهون حيازيا اذا خرج من حيازته أو فى توقيع الحجز الاستحقاقى على المنقولات التى نقلت من العين المؤجرة الخ •

وقضت محكمة النقض بأنه اذ تمسك المطعون ضده (الكفيل) بحكم المادة ٧٨٤ مدنى وطلب براءة ذمته من دين الضريبة لأن الطاعن وهـــو الدائن قد أضاع بتقصيره التأمين الخاص المقرر لهذه الضريبة وهـــو

---

(١٧٢) ولا يترتب ذلك على نقص ما للدائن من ضمان عام على جميع اموال مدينه [استئناف مختلط ٢ مايو ١٩٤٦ (٥٨ ص ١٣٨)] •

حق الامتياز المنصوص عليه بالمادة ٢٧ من ق ٥٦/١٩٥٤ بشأن الضريبة على العقارات المبنية والمقرر على المبانى قبل ازالتها وعلى الانقاض بعد هدمها ، وكان مفاد المادة ٢٧ سالفة الذكر ان للحكومة حق امتياز خاص بدين الضريبة على المبانى ، فان الحكم المطعون فيه اذ رتب على أن الطاعن (الدائن) هو الذى تسبب بخطئه فى ضياع هذا الضمان الخاص المقرر بحكم القانون لدين الضريبة ان ذمة الكفيل (المطعون ضده) تبرأ بقدر ما أضاع الدائن من هذه الضمانات ، فانه لا يكون قد خالف حكم المادة ٧٨٤ مدنى . ولا محل لما يثيره الطاعن من أن تأخيره فى المطالبة بالضريبة لا يترتب عليه الا مجرد اضعاف الضمان العام المقرر له على أموال مدينه ، وهو ما نصت عليه المادة ٧٨٥ مدنى لأنها لا تنطبق على واقعة الدعوى(١٧٣) .

ولا محل للدفع باضاعة التأمينات الا اذا وجد التأمين الخاص أولا ثم ضاع بخطأ الدائن . أما اذا كان فى وسع الدائن أن يحصل على تأمين خاص فقصر فى ذلك ، فلا يعتبر تقصيره اضاعة للتأمينات ولا يجيز للكفيل التمسك بالدفع الذى تقرره له المادة ٧٨٤ . فمن حق المؤجر مثلا وفقا للمادة ٥٨٨ مدنى أن يطالب المستأجر بوضع منقولات فى العين المؤجرة تكفى لتأمين الوفاء بالأجرة . فاذا استعمل حقه فى ذلك ووضع المستأجر منقولات كافية فى العين المؤجرة ترتب للمؤجر على هذه المنقولات حق امتياز ، هو بلا شك تأمين خاص . فاذا أضاع المؤجر هذا الامتياز بعد ترتبه ثبت للكفيل الدفع باضاعة التأمينات(١٧٤) . أما اذا ترك المؤجر

---

(١٧٣) نقض مدنى ٢٤ يونيه ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض ٢٠ — ١٠٥٠ — ١٦٣ .

(١٧٤) وكذلك اذا ترك مؤجر الارض الزراعية المستأجر يتصرف فى المحصول الذى للمؤجر عليه حق امتياز ، فان اغفاله اتخاذ الاجراءات للحيلولة دون تصرف المستأجر فى المحصول وتسببه بذلك من ضياع امتيازه على المحصول يترتب عليه براءة ذمة الكفيل فى حدود قيمة المحصول الذى حصل التصرف فيه (استئناف مختلط أول سبتمبر ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٨٦) . =

حقه فى مطالبة المستأجر بوضع منقولات فى العين المؤجـــرة ، فان ذلك لا يخول الكفيل حق الدفع باضاعة التأمينـــات وفقا للمـــادة ٧٨٤ المذكورة(١٧٥) ، ولكنه قد يستتبع مسئولية الدائن وفقا لقواعد المسئولية العامة اذا ثبت أنه ترك حقه فى مطالبة المستأجر بوضع منقولات فى العين المؤجرة قصد الاضرار بالكفيل .

واذا أسهم فى اضاعة التأمينات خطأ الدائن وخطأ الكفيل ، فالراجح توزيع المسئولية بينهما وفقا لقواعد الخطأ المشترك ، فلا تبرأ ذمـــة الكفيل بقدر كل ما ضاع من التأمينات بل بقدر نصيب الدائن فى المسئولية عن هذا الضياع(١٧٦) .

٧١ — الشرط الثالث — حصول ضرر للكفيل بسبب اضاعة التامينات — تقدم أن الدفع باضاعة التأمينات مبنى على أساس التـــزام الدائن بالمحافظة على هذه التأمينات ومسئوليته عن الاخلال بهذا الالتزام اذا ترتب عليه ضرر للكفيل . فحصول ضرر للكفيل بسبب اضاعة التأمينات يعتبر شرطا أساسيا لمسئولية الدائن ولثبوت الحق للكفيل فى الدفـــع باضاعة التأمينات .

= ونقض مدنى ٢ فبراير ١٩٣٣ المجموعـــة الرسمية ٣٤ — ١٨٩ — ٨٨ مجموعة القواعد القانونية ١ — ١٧٢ — ٩٧ .

واستئناف مصر ٢٠ ديسمبر ١٩٢٥ المحاماة ٦ — ٣٣٧ — ١٩١ .

وانظر عكس ذلك استئناف عال ٤ فبراير ١٩١٤ المجموعة الرســـمية ١٥ رقم ٧٠١ .

(١٧٥) فى هذا المعنى عبد الودود يحيى نبذة ٥٠ ص ٥٨ .

(١٧٦) فى هذا المعنى امام ص١٨٧ رقم ١١٩ ،منصور ص ٧٧،عبد الودود يحيى نبذة ٥٠ص٥٨ ، لوران جـ٢٨ رقم ٣١٣ ، ٣١٤ ، جيوار رقم ٢٣٧ مشار اليهما فى بوديرى وفال ص ٦١٧ هامش ٣ .

وانظر عكس ذلك كامل مرسى ص ١٦٥ رقم ٧١ ، عبد الباقى ص ٢٤٥ رقم ١٥١ ، جمال الدين زكى ص ٨٨ رقم ٤٦ ، اوبرى ورو ص ٢٤٥ رقـــم ٤٢٩ ، بودرى وفال ص ٦١٧ رقم ١١٧٧ ، بلانيول وريبير وسافاتييه ص ١٠٠٨ رقم ١٥٦٠ .

ويعتبر ركن الضرر متحققا فى هذا الشأن بمجرد ضياع تأمين منتج ، ولو كان المدين موسرا أو كان الدين المكفول مضمونا أيضا بتأمينات أخرى كافية لوفاء الدين ، لأن مجرد ضياع تأمين منتج من شـــأنه أن ينقص ضمانات الدين ويزيد احتمالات عدم تحصيله(١٧٧) • وليس للدائن أن يعترض على ذلك بيسار المدين أو بأن التأمينات الباقية تجاوز قيمـــة الدين المكفول ، لأن اعتراضه يكون مردودا بأنه لا مصلحة له اذن والحال هذه فى أن يتمسك بالكفالة •

أما اذا كان التأمين الذى أضاعه الدائن غير منتج ككفالة شخص أصبح معسرا ، أو رهن متأخر على عقار مثقل بديون تجاوز قيمتـــه ، فلا يترتب على اضاعته ضرر للكفيل ولا يثبت بضياعه حق للكفيل فى براءة ذمتـــه •

ويلاحظ أن ركن الضرر فى هذا الدفع يختلف عنه فى الدفع بتأخـــر الدائن فى مطالبة المدين • ذلك أن الضرر فى الدفع الأول يتوافر بمجـــرد نقص التأمينات الخاصة ولو كان المدين موسرا أو كان الباقى من التأمينات الخاصة يفى بالدين المكفول ، أما فى الدفع الثانى فان ركن الضرر لا يتوافر الا اذا ترتب على تأخر الدائن تعذر تحصيل الدين المكفول كله أو بعضه من المدين بسبب ما طرأ على المدين فى أثناء فترة التأخير من اعســـار أو

---

(١٧٧) عبد الودود يحيى نبذة ٥٠ ص ٥٨ . وفى هذا المعنى ايضا نقض مدنى ٢٤ يونيه ١٩٦٩ مجموعـــة احـــكام النقض ٢٠ — ١٠٥٠ — ١٦٣ اذ يعتبر الضرر متوافرا — فى حالة المادة ٧٨٤ مدنى بمجرد اضاعـــة تأمين خاص دون ان يستبدل به تأمين آخر لا يقل عنه فى قيمته . فلا عـــلى الحكم المطعون فيه ان هو لم يستعرض هذا الضرر او الدليل عليه بعد أن اوضح ان البلدية (الدائن) هو الذى اضاع الامتياز الخاص المقرر بالمـــادة ٢٧ من قانون الضريبة العقارية . وذلك باهمال عمالها فى تحصيل الضريبـــة عن هذه المبانى ، وفى المحافظة على حق الامتياز الخاص المقرر عليها لديـــن الضريبة .

زيادة فى الاعسار أو ما طرأ على التأمينات الخاصة من نقص جعلها لا تفى بكل الدين المكفول •

٧٢ — اثبات هذه الشروط — يقع على الكفيل الذى يتمسك بهذا الدفع اثبات شروطه • فيجب عليه أولا أن يثبت أن الدين المكفول كان مضمونا أيضا بتأمين خاص معين ، وأن يثبت ثانيا أن هذا التأمين قد ضاع أو فقد ، وثالثا أن ضياعه أو فقده كان بخطأ الدائن أو خطأ ممن يسأل عنهم الدائن • ومتى أثبت الكفيل كل ذلك فرض فى التأمين الذى ضاع أنه كان منتجا ، وذلك جريا مع الغالب ، فلا يكلف الكفيل باثبات ركن الضرر ، بل يفرض توافره الى أن يثبت الدائن أن التأمين الذى ضاع لم يكن منتجا ، فينفى بذلك قرينة توافر الضرر ويدفع المسئولية عن نفسه ويجعل الدفع باضاعة التأمينات على غير أساس(١٧٨) •

٧٣ — حكم اضاعة التأمينات — متى توافرت شروط الدفع باضاعة التأمينات ، ثبت للكفيل حق مؤاخذة الدائن على اضاعتها سواء من طريق الدفع فى المطالبة الموجهة اليه أو من طريق الدعوى الأصلية(١٧٩) • ولكن لا يترتب على توافر هذه الشروط براءة ذمة الكفيل بقوة القانون •

والغالب أن يستعمل الكفيل حقه فى ذلك من طريق الدفع باضاعة التأمينات وهو دفع موضوعى يجوز للكفيل التمسك به فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف •

على أنه لا مانع من أن يستعمل الكفيل حقه فى ذلك من طريق الدعوى ودون انتظار مطالبة الدائن اياه ، فيرفع هو على الدائن دعوى

---

(١٧٨) انظر عكس ذلك استئناف مختلط ٢٩ اكتوبر ١٩٤٢ (٥٥ — ص ١) •

(١٧٩) الزقازيق الابتدائية ١٠ فبراير ١٩٢٩ المحاماة ٩ ٢٣٩ ٤ — ٢٤١ •

يطلب فيها تقرير براءة ذمته من الكفالة بسبب اضاعة الدائن التأمينات .
وفى كلتا الحالين لا يحكم ببراءة ذمة الكفيل الا بقدر قيمة ما أضاعه الدائن من التأمينات . فاذا ضاع من التأمينات ما يساوى قيمة الدين كله حكم ببراءة ذمة الكفيل براءة تامة . واذا كان ما ضاع من التأمينات أقل من قيمة الدين حكم ببراءة الكفيل براءة جزئية أى بقدر قيمة ما ضاع من التأمينات فقط .

على أن حق الكفيل فى براءة ذمته لاضاعة التأمينات يعتبر حقا خالصا له غير متعلق بالنظام العام ، فيجوز له أن ينزل عنه(١٨٠) ، ويعتبر رضاه بذلك بمثابة اتفاق على أعفاء الدائن من المسئولية عن اضاعة التأمينات ؛ فيسرى هذا الاتفاق اذا كان الغرض منه اعفاء الدائن من مسئوليته عن خطئه اليسير ولكنه لا يسرى لاعفاء الدائن من مسئوليته عن غشه أو عن خطئه الجسيم (المادة ٢١٧ فقرة ثانية مدنى) .

٧٤ — (٥) **الدفع بالتجريد** — الدفع بالتجريد bénéfice de discussion حق منحه القانون الكفيل مراعاة منه لصفة التزامه باعتباره التزاما احتياطيا ، أى لا يتعين عليه الوفاء به الا اذا لم يف المدين بالتزامه . ويستطيع الكفيل بمقتضى هذا الحق أن يقف اجراءات التنفيذ على أمواله الى أن يتم التنفيذ على أموال المدين ويتضح عدم كفايتها لوفاء الدين ، كما يستطيع بمقتضى الدفع بعدم جواز الرجوع عليه قبل الرجوع على المدين أن يدفع دعوى المطالبة الموجهة اليه على انفراد قبل مطالبة المدين (راجع نبذة ٦٣) .

وقد نصت المادة ٧٨٨ مدنى على هذا الحق بعد أن نصت فى فقرتها الأولى على عدم جواز رجوع الدائن على الكفيل وحده الا بعد رجوعه

---

(١٨٠) ولا يجوز للمحكمة ان تقضى به من تلقاء نفسها (عبد الودود يحيى ص ٥٩) .

على المدين ، فقررت فى فقرتها الثانية أنه « لا يجوز له (أى للدائن) أن ينفذ على أموال الكفيل الا بعد تجريده المدين من أمواله • ويجب على الكفيل فى هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق » ، فدلت بذلك على أن المشرع فرق بين مجرد مطالبة الكفيل قضائيا وبين التنفيذ على أمواله وأنه خول الكفيل دفعا خاصا بكل من هاتين الحالتين وأنه جعل الدفع بالتجريد مقصورا على حالة التنفيذ على أموال الكفيل ، فلا يجوز للكفيل أن يدفع بالتجريد بمجرد رفع الدعوى عليه لاستصدار حكم ضده بالدين ولا يكون هذا الدفع مقبولا منه الا اذا اتخذت اجراءات التنفيذ على أمواله وكان الغرض من الدفع وقف تلك الاجراءات(١٨١) •

ومزية الدفع بالتجريد ، فوق أنه يطابق قصد الكفيل أن يكون التزامه احتياطيا ، أنه يؤدى الى الاقتصاد فى الاجراءات وفى النفقات ، اذ لولاه لجاز للدائن أن ينفذ على أموال الكفيل ، واضطر الأخير بعد ذلك أن ينفذ على أموال المدين • أما تشريع الدفع بالتجريد فيسمح بالاستعاضة عن هذه الاجراءات المزدوجة باجراءات واحدة ينفذ بها على أموال المدين فى الحالة التى يرجى فيها أن يكون فى هذه الاجراءات غنى عن الاجراءات المزدوجة •

واذا تعدد المدينون ، ولو كانوا متضامنين فيما بينهم ، وكفلهم جميعا نفس الكفيل ، جاز له الدفع بتجريدهم جميعا • أما اذا كفل بعضهم دون البعض فيكون له الدفع بتجريد من كفلهم دون الآخرين •

٧٥ — شروط الدفع بالتجريد — ويشترط فى ثبوت حق التجريد للكفيل توافر أربعة شروط ، هى :

---

(١٨١) فى هذا المعنى استئناف مختلط ٣٠ مايو ١٩٤٠ (٥١ ص ٢٩) وحق التمسك بهذا الدفع مقصور على الكفيل الشخصى دون الكفيل العينى ، حيث قد نصت المادة ١٠٥٠ مدنى صراحة على أن الكفيل العينى لا يكون له حق الدفع بتجريد المدين من أمواله ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك (انظر عبد الودود يحيى نبذة ٥٢ ص ٦١ ، منصور مصطفى نبذة ٤٤ ص ٨٢) •

(١) ألا يكون الكفيل قد نزل عن هذا الحق صراحة أو ضمنا •

(٢) ألا يكون متضامنا مع المدين •

(٣) أن يتمسك الكفيل بحق التجريد فى الوقت المناسب •

(٤) أن يرشد الى أموال للمدين تفى بالدين كله •

٧٦ ـ الشرط الأول ـ عدم النزول عن حق التجريد ـ حق التجريد منحة خولها القانون الكفيل بحيث يجوز له أن يحتفظ بها أو ينزل عنها • فاذا نزل عنها انقضى حقه فى استعمالها ولم يجز له الرجوع فى ذلك •

وقد كانت المادة ٥٠٢/٦١٢ مدنى قديم تشترط هذا الشرط صراحة بقولها « ان للكفيل ••• الحق اذا لم يتركه فى الزام رب الدين بمطالبة المدين بالوفاء ••• »(١٨٢) • ولم يرد فى التقنين الحالى نص على ذلك • ولكن لأن التجريد مقرر فى مصلحة الكفيل خاصة فلا شك فى صحة نزوله عنه •

ويكون النزول عن هذا الحق صراحة أو ضمنا(١٨٣) ، ولكن يجب فى الحالين أن يكون قصد النزول واضحا لا لبس فيه ، فلا يجوز أن يؤخذ

---

(١٨٢) انظر نقض مدنى ٢١ يناير ١٩٣٧ مجموعة القواعد القانونية ٢ ـ ٩٦٦ ـ ١٠ كفالة وقد جاء فيه ان عبارة « أيقاف المطالبه الحاصلة للكفيل » الواردة بالمادة ٥٠٢ مدنى قديم (= المادة ٧٨٨ مدنى) هو الكف عن متابعة السير فى اجراءات التنفيذ مع عدم الاخلال بالاجراءات التحفظية . وهذا لا يتعارض مع قضاء المحكمة بالغاء تنبيه نزع الملكية المعلن الى الكفيل ومحو ما يترتب عليه من التسجيلات .

(١٨٣) السنهورى فى الوسيط جـ ١٠ نبذة ٤٨ ص ١١٧ وهو يرى =

بالظن ، ويجب أن يفسر الشك فى مصلحة الكفيل أى فى معنى عدم النزول •

ويغلب أن يكون النزول الصريح منصوصا عليه فى عقد الكفالة ذاته ، لأن الغالب أن الدائن هو الذى يملى شروطه ولأن من مصلحة الدائن أن يكون له حق التنفيذ على أموال الكفيل دون اضطرار الى تجريد المدين من أمواله ، ولكن لا مانع يمنع من حصوله بعد الكفالة •

أما النزول الضمنى فالغالب أن يستنبط من عدم تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد فى الوقت المناسب بعد اتخاذ اجراءات التنفيذ على أمواله (أنظر ما سيجىء فى نبذة ٧٨) •

ولا يسرى نزول الكفيل عن الدفع بالتجريد على كفيل الكفيل • فيجوز لكفيل الكفيل بالرغم من نزول الكفيل عن هذا الدفع أن يتمسك ليس بتجريد الكفيل فحسب بل بتجريد المدين أيضا •

٧٧ — الشرط الثانى — الا يكون الكفيل متضامنا مع المدين — كانت المادة ٥٠٢/٦١٢ مدنى قديم تنص على أن « للكفيل الغير المتضامن الحق ••• فى الزام رب الدين بمطالبة المدين بالوفاء ••• » ، وتنص المادة ٧٩٣ مدنى على أن « لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد » • وذلك لأن التضامن بطبيعته يخول الدائن أن يطالب أيا من المتضامنين بالدين كله دون توقف على مطالبة سائر المتضامنين ، أى أن الكفيل الذى يلتزم بالتضامن مع المدين يفرض فيه أنه نزل

= ان الكفيل يعتبر انه نزل ضمنا عن حقه فى التجريد اذا سكت عن التمسك به عند شروع الدائن فى التنفيذ على امواله . اما اذا كان سكوته حينئذ لعدم امكانه الارشاد عن مال للمدين يفى بالدين بأكمله ، ثم استجد للمدين مال يفى بالدين فيجوز للكفيل ان يتمسك بالتجريد بالرغم من سكوته الاول .

ضمنا عن حقه فى تجريد المدين ، فلا يجوز له التمسك بهذا الدفع عنـــد اتخاذ الدائن اجراءات التنفيذ على أمواله ، الا اذا كان مع التزامـــه **بالتضامن قد احتفظ لنفسه بحق التجريد •**

وقد قضت محكمة النقض بأن الدفع بالتجريد مقصور على العلاقة بين الدائن والكفيل غيـــر المتضـــــامن عند الشروع فى التنفيـــذ على أمواله(١٨٤) •

ولأن الكفلاء فى الكفالة القضائية وفى الكفالة القانونية يكونون دائما متضامنين (المادة ٧٩٥ مدنى) ، يعتبر الأصل فيهم أنه لا يجوز لهـــم التجريد •

ولا يؤثر تضامن الكفيل مع المدين فى حق كفيل الكفيل فى الدفـــع بالتجريد اذا لم يكن الكفيل متضامنا مع الكفيل أو مع المدين ، فيجـــوز لكفيل الكفيل أن يطلب تجريد كل من الكفيل والمدين(١٨٥) •

وكذلك لا يؤثر فى ذلك تضامن الكفلاء فيما بينهم اذا لم يـــكونوا متضامنين مع المدين ، فيجوز لكل منهم أن يطلب تجريد المدين ما دام ليس متضامنا معه •

٧٨ ــ الشرط الثالث ــ أن يتمسك الكفيل بحق التجريد فى الوقت المناسب ــ يجب أن يتمسك الكفيل بحقه فى التجريد (المادة ٧٨٨ فقرة

---

(١٨٤) نقض مدنى ٦ ديسمبر ١٩٧٩ مجموعة احكام النقض ٣٠ ــ ٣ ــ ١٧١ ــ ٣٧٢ وقد جاء فيه ان دعوى عدم نفاذ التصرفات لا محل فيها لاعمال احكام الدفع بالتجريد •

(١٨٥) ويرى البعض انه لا يجوز لكفيل الكفيل فى حالة تضامن هذا ــ الاخير مع المدين ان يطلب تجريد المدين طالما ان الكفيل الاصلى المتضامن مع المدين ليس له ذلك (عبد الودود يحيى نبذة ٥٣ ص ٦٣) •

ثانية مدنى) ، فلا يجوز للمحكمة أن تحكم بالتجريد من تلقاء نفسها •

وتنص المادة ٢٠٢٢ مدنى فرنسى على أنه يجب على الكفيل أن يدفع بالتجريد عند الاجراءات الأولى التى توجه ضده • والمقصود بذلك أن يتمسك الكفيل بحق التجريد قبل الخوض فى موضوع الدعوى ، والا عد نازلا عن التمسك بهذا الحق • ويعتبر خوضا فى موضوع الدعوى المناقشة فى الالتزام المكفول • أما المناقشة فى وجود التزام الكفيل أو عدمه فلا يعتبر كذلك ولا يعد نزولا عن الدفع بالتجريد •

ولم يكن فى التقنين المصرى الملغى نص يقابل نص المادة ٢٠٢٢ مدنى فرنسى ، فاختلفت الآراء فى وجوب العمل بحكم هذه المادة عندنا أو عدمه ، وذهب فريق الى وجوب العمل به باعتبار أن الكفيل اذا لم يتمسك بحق التجريد بمجرد اتخاذ الاجراءات ضده عد متنازلا ضمنا عن التمسك به(١٨٦) ، وذهب فريق آخر الى أن المشرع المصرى لم يأخذ بما قرره المشرع الفرنسى وأراد أن يكون هذا الدفع مقبولا فى كل وقت ما لم يتركه الكفيل •

وأخذت بهذا الرأى الأخير محكمة النقض حيث قضت فى ٢١ يناير ١٩٣٧ بأن للكفيل غير المتضامن الحق فى ابداء الدفع بتجريد المدين فى أى وقت مناسب ، ما لم يصدر منه قول أو فعل أو ترك يدل على تنازله عنه(١٨٧) •

وقد اتفق الفريقان على أنه اذا آلت الى المدين بعد مطالبة الدائن الكفيل أموال جديدة ، جاز للكفيل أن يطلب التجريد ولو لم يكن قد طلبه

---

(١٨٦) استئناف مختلط ١٦ يونيه ١٩٤٣ (٥٥ ص ١٨٨) •
واستئناف مختلط ١١ يونيه ١٩٤٠ (٥٢ ص ٢٩٧) •

(١٨٧) المحاماة ١٧ — ٨٥٧ — ٤٢٣ ، ملحق القانون والاقتصاد ٧ — ٣ — ٨٩ — ٣٦ • مجموعة القواعد القانونية ٢ — ٧٦ — ٣١ •

بمجرد اتخاذ الاجراءات ضده ، اذ لا يمكن فى هذه الحالة اعتباره متنازلا عن التجريد لمجرد عدم التمسك به وقت الاجراءات الأولى لعدم توافر شروط التمسك به فى ذلك الوقت(١٨٨) ٠

وقد رأى واضعو مشروع تنقيح القانون المدنى أن يحسموا هذا الخلاف فوضعوا لذلك نصا فى المادة ١١٤٥ من المشروع يأخذ بالرأى الأول ويقضى بأن لا يلزم الدائن بتجريد المدين الا اذا طلب الكفيل ذلك عند الاجراءات الأولى التى توجه ضده ٠ ولكن هذا النص حذف فى لجنة المراجعة دون بيان السبب فى حذفه ٠

ونرى أن هذا الحذف يحتمل احدى دلالتين ، الأولى أن اللجنة لم تقر الحكم المقترح وأن حذفهما اياه يفيد العدول عنه الى عكسه أى أنها قصدت اجازة التمسك بهذا الدفع فى أى وقت ما دام لم يصدر من الكفيل ما يعتبر نزولا عنه ، والثانية أن اللجنة رأت عدم النص على هذه المسألة وتركها لاجتهاد الفقه والقضاء كما فى ظل التقنين الملغى ، وحينئذ يتعين الأخذ بالرأى الذى رجح فى ظل ذلك التقنين وهو لا يختلف عما تقدم ، أى اجازة تمسك الكفيل بهذا الدفع فى أى وقت ما دام عدم تمسكه به

---

(١٨٨) نقض مدنى ٢١ يناير ١٩٣٧ مجموعة القواعد القانونية ٢ — ٧٦ — ٣١ فهرس احكام النقض الخمس وعشرين سنة الاولى جـ٢ ص ٩٣٧ نبذة ٩ وقد جاء فيه ان للكفيل غير المتضامن أن يتمسك فى اى وقت يكون مناسبا بالدفع بتجريد المدين وذلك ما لم يصدر منه قول او فعل او ترك يدل على تنازله عن هذا الدفع . فاذا كان عليه أن يبين للدائن ما عساه يكون للمدين من مال بسبب جديد جائز الحجز عليه لاستيفاء دينه منه ، وان تقديمه لهذا البيان على دفعة واحدة وعند البدء فى التنفيذ ، فان له كذلك ان يبين ما يكون قد آل للمدين بسبب جديد . واذن فاذا كان الكفيل عند اعلانه من الدائن بتنبيه نزع الملكية قد بادر الى المعارضة فى التنبيه واعلن صحيفة المعارضة للدائن فى الميعاد القانونى مبينا له ما يمتلك المدين مما يجوز له أن يستند بدينه منه ثم لما جد للمدين ميراث بادر ايضا الى اعلان الدائن بأن مدينه قد ورث مايمكنه ان يستد بدينه منه بغير رجوع عليه ، فانه لا يصح اعتباره متوانيا فى الدفع بتجريد المدين من هذا الملك الجديد الذى آل اليه ولا تاركا له بمقولة أنه فاته ان يبديه عند البدء فى التنفيذ . ولذلك لا تكون المحكمة مخطئة فى تطبيق القانون اذا هى بحثت فى قيام هذا الملك وامكان استيفاء الدائن دينه منه .

قبل ذلك لا يفيد نزوله عنه • واذا قضت المحكمة فى دعوى مطالبة الكفيل بالدين بالزامه به فان ذلك لا يمنع الكفيل عند التنفيذ على أمـوالـه من الدفع بتجريد المدين(١٨٩) •

وبناء على ذلك نرى أنه يجوز فى ظل التقنين الحالى — كما فى ظل التقنين الملغى — **للكفيل أن يدفع بالتجريد فى أية مرحلة من مراحـل التنفيذ على أمواله ، ما دام لم يصدر منه قبل ذلك اى قول أو فعـل أو ترك يفيد نزوله عن هذا الدفع** • ويجوز له ذلك بوجه خاص اذا تقـدم بطلبه عقب اكتساب المدين الأموال التى يطلب الكفيل تجريده منهـا ولو كان ذلك بعد أن قطع التنفيذ على أموال الكفيل أكثر مراحله لأن عدم الدفع بالتجريد قبل ذلك لا يمكن أن يحمل على النـزول عنه لعدم توافر شروطه(١٩٠) •

ويعتبر استنباط قصد النزول عن هذا الدفع من مسلك الكفيل ومن عدم مبادرته **الى التمسك به** مسألة موضوعية يفصل فيها قاضى الموضوع دون رقابة عليه فى ذلك من محكمة النقض •

٧٩ — الشرط الرابع — أن يرشد الكفيل الى امـوال للمدين تفى بالدين كله — لا يكفى أن يطلب الكفيل تجريد المدين ، بل يجب أن يدل الدائن على أموال المدين التى يمكن تجريده منها واستيفاء حقه من ثمنها •

ويكتفى القانون الفرنسى بأن يدل الكفيل الدائن على أموال للمدين ذات قيمة بحيث يكون التنفيذ عليها منتجا ولو لم يكن كافيا لوفاء الدين كله • ويؤخذ على ذلك أن الدفع بالتجريد يؤدى الى الزام الدائن بقبول

---

(١٨٩) فى هذا المعنى عبد الودود يحيى نبذة ٥٣ ص ٦٤ •

(١٩٠) فى هذا المعنى عبد الباقى نبذة ٩٠ ، امام نبذة ٦٤ ، ونقض ٢١ يناير ١٩٣٧ الذى تقدمت الاشارة اليه •

وفاء جزئى خلافا للاصل الذى يخوله أن يرفض كل وفاء جزئى (المادة ١٢٤٤ مدنى فرنسى ، والمادة ١٦٨/٢٣١ مدنى مصرى قديم والمادة ٣٤٢ فقرة أولى مدنى) • ولكن الشراح يعللون حكم القانون فى هذا الشأن بأنه لا يلحق بالدائن ضررا جسيما لأن الدائن اذا لم يستوف كل حقه من تجريد المدين كان له أن يستوفى الباقى من الكفيل(١٩١) •

أما المشرع المصرى ، فقد راعى عند وضع التقنين الملغى جانب الدائن ، وأراد أن يتفادى الزامه باتخاذ اجراءات التنفيذ مرتين الأولى على أموال المدين ليستوفى منها ما تيسر ، والثانية على أموال الكفيل ليستوفى الباقى • فاشترط فى قبول الدفع بالتجريد أن تكون أموال المدين الجائز حجزها تفى بأداء الدين بتمامه (المادة ٥٠٢/٦١٢ مدنى قديم) • وقصد بذلك أن تفى بأصل الدين وفوائده ومصاريفه(١٩٢) •

وقد أخذ واضعو التقنين الحالى بذلك أيضا بعد شىء من التردد(١٩٣) ، فنصوا فى المادة ٧٨٩ فقرة أولى على أنه « اذا طلب الكفيل التجريد ، وجب أن يقوم على نفقته بارشاد الدائن الى أموال للمدين

---

(١٩١) مارتى ورينو ط ٢ سنة ١٩٨٧ نبذة ٥٩٨ ص ٣٩٩ •

(١٩٢) نقض مدنى ٢١ يناير ١٩٣٧ مجموعة القواعد القانونية ٢ — ٧٦ — ٣١ وقد جاء فيه ان تعرض محكمة الموضوع ببحث ما آل للمدين بالارث او الهبة او نحوهما من ملك جديد لا مخالفة فيه للمادة ٥٠٢ مدنى قديم (= المادة ٧٨٨ مدنى) •

(١٩٣) يرجع اصل نص المادة ٧٨٩ فقرة اولى مدنى جديد الى نص كانت وضعته لجنة المرحوم كامل صدقى باشا ثم اعتمدته اللجنة الاخيرة (لجنة السنهورى) وادمجته فى مشروعها التمهيدى تحت المادة ١١٤٤ ونصها : « اذا طلب الكفيل التجريد وجب ان يدل الدائن على اموال المدين ، وأن يقدم له المبالغ الكافية للقيام بالتجريد » . والظاهر ان كلا اللجنتين قد تعمدت العدول عما اشترطه التقنين الملغى من وجوب ارشاد الكفيل الى اموال للمدين تفى بالدين كله والاخذ فى ذلك بمذهب القانون الفرنسى، باعتبار =

تفى بالدين كله » • وبناء على ذلك يكون الدفع بالتجريد غير مقبول اذا كانت أموال المدين التى أرشد عنها الكفيل لا تفى بالدين كله من أصـل وفوائد ومصروفات • ويتعين على القاضى قبل أن يفصل فى هذا الدفـع بالقبول أو الرفض أن يقدر قيمة أموال المدين التى أرشد عنها الكفيـل وكفايتها أو عدم كفايتها لوفاء الدين بتمامه ، وهو فى هـــذا التقدير لا يخضع لرقابة محكمة النقض(١٩٤) •

ولا بد فى قبول الدفع بالتجريد من أن يكون ارشاد الكفيل الى أموال المدين منتجا دون ارهاق للدائن ، أى محققا الغرض منه من حيث استيفاء الدائن كامل حقه دون كبير عناء أو زيادة فى الاجراءات والنفقات •

وتطبيقا لهذا المبدأ نصت المادة ٢٠٢٣ فقرة ثانية مدنى فرنسى على بعض أموال لا يعتبر ارشاد الكفيل الدائن اليها منتجا ولا يكفى لقبـول الدفع بالتجريد وهى الأموال الواقعة خارج المركز الذى فيه مقر محكمة الاستئناف التى يجب أن يتم الوفاء فى دائرتها ، والأموال المتنازع فيها ،

= أن الشرط الذى اشترطه التقنين المختلط الملغى كان مقصودا به رعاية جانب الدائن تمشيا مع الاتجاه العام الذى سار فيه واضعو ذلك التقنين فى الكثرة من احكامه وانه أصبح لا محل له فى تقنين جديد يرعى جانب المدين كما يرعى جانب الدائن .

غير انه لما عرض هذا النص على لجنة مراجعة المشروع قبل احالتـه الى البرلمان قالت فى شأنه انها رأت ادخال تعديلات لفظية عليه واضافات تجعل المعنى اكثر وضوحا ، ولكنها فى الواقع من الامر اضافت اليه كلمة واحدة غيرت المعنى الى نقيضه فجعلت النص يشترط أن يدل الكفيل الدائن عـلى أموال للمدين تفى بالدين كله وهو المعنى الذى نصت عليه المادة ٧٨٩ فقـرة أولى مدنى ، ولم يرد فى محاضرها بيان الاسباب التى دعتها الى هذا التعديل الجوهرى •

(١٩٤) نقض ٢١ يناير ١٩٣٧ المشار اليه آنفا مجموعة القـــواعد القانونية ٢ — ٧٦ — ٣١ •

والأموال المرهونة فى الدين المكفول ذاته اذا خرجت من حيازة المـــدين (١٩٥) ،

وقد نص التقنين المدنى المصرى الحالى على ذلك حيث نصت المادة ٧٨٩ فقرة ثانية منه بأن « **لا عبرة بالأموال التى يدل عليها الكفيل اذا كانت هذه الأموال تقع خارج الاراضى المصرية أو كانت أموالا متنازعا فيها** » • ولا يعتبر بيان الأموال المذكورة فى هذين النصين واردا عـلى سبيل الحصر بل مجرد تطبيق للمبدأ الذى أشرنا اليه •

وبناء على ذلك يكون الدفع بالتجريد مقبولا سواء كانت الأموال التى أرشد اليها الكفيل منقولات أو عقارات ما دام التنفيذ عليها لا تكتنفـه صعوبات خاصة •

ومن الصعوبات التى نص عليها التقنين الحالى والتى يترتب عليها عدم التعويل على الأموال التى أرشد اليها الكفيل وقوع هـذه الأموال خارج الأراضى المصرية لأن من شأن ذلك أن يجعل التنفيـــذ يصادف صعوبات جمة تحول دون الوصول الى الغاية المنشودة(١٩٦) •

وكذلك كون الأموال التى أرشد اليها الكفيل متنازعا فيهـــا ، لأن التنفيذ عليها يقتضى من الدائن أن يصفى المنازعة أولا ، ومن شأن ذلك

---

(١٩٥) مارتى ورينو ط ٢ سنة ١٩٨٧ نبذة ٥٩٨ ص ٣٩٩ •

(١٩٦) هذا النص منقول عن نص المادة ٧٢١ من المشروع الفـرنسى الايطالى ، وكان احد اعضاء لجنة كامل صدقى باشا قد اعترض عليه فيما يتعلق باستبعاد الاموال الواقعة خارج اراضى الدولة نظرا لمركز مصر الخاص حيث تزخر بعدد وافر من الاجانب ولأن من العدالة أن يتاح للدائن التنفيـــذ على اموال المدين حتى ما كان منها خارج الاراضى المصرية ، ولكن اللجنة لم تاخذ بهذا الاعتراض .

أن يكبده عناء ووقتا ونفقات هو فى غنى عن بذلها • ولا يشترط فى اعتبار المال متنازعا فيه أن تكون قد رفعت بشأنه دعوى بل يكفى أن يقوم فى شأنه نزاع جدى(١٩٧) (أنظر المادة ٤٦٩ فقرة ثانية مدنى) لأن ذلك يجعل من المحتمل تعثر اجراءات التنفيذ واطالتها • ويرى الفقه فى فرنسا أن يقيس على ذلك العقارات المملوكة شيوعا لأن التنفيذ عليها يقتضى اتخاذ اجراءات قسمتها أولا ولا يجوز أن يكلف الدائن اتخاذ هذه الاجراءات(١٩٨) •

ومن الصعوبات التى نص عليها القانون الفرنسى دون القانون المصرى والتى تزيد التنفيذ تعقيدا أو تجعله أكثر كلفة بحيث لا يصح أن يجبر عليه الدائن أن يكون المال الذى يرشد اليه الكفيل موهونا فى الدين المكفول ذاته وأن يكون قد خرج من حيازة المدين ، والمقصود بذلك أن تكون ملكيته قد انتقلت الى حائز tiers-détenteur بحيث يقتضى التنفيذ عليه اتخاذ الاجراءات فى مواجهة حارس يعين لذلك(١٩٩) ،

---

(١٩٧) عبد الودود يحيى نبذة ٥٣ ص ٦٦ .

(١٩٨) انظر بلانيول وريبير وسافاتييه نبذة ١٥٣٥ ص ٨٩٤ هامش ١ ، بيدان وفواران نبذة ١٠٠ .

(١٩٩) وقد تقدم ان نص المادة ٧٨٩ فقرة ثانية مدنى مقتبس من نص المادة ٧٢١ من المشروع الفرنسى الايطالى وهى كالمادة ٢٠٢٣ مدنى فرنسى تذكر الاموال المرهونة التى لم تعد فى حيازة المدين ، غير انه لما اقترح الاقتباس منها اقترن ذلك باقتراح حذف عبارة « ولم تعد فى حيازة المدين » ، فاقرت لجنة كامل صدقى باشا هذا الاقتراح واعتمدته لجنة السنهورى باشا وادرجته فى مشروعها التمهيدى فى المادة ١١٤٦ ونصها أن « ليس للكفيل ان يدل الدائن على أموال للمدين تقع خارج الاراضى المصرية ولا على اموال متنازع فيها او مرهونة فى الدين » . وظاهر ان اللجنة لم يحالفها التوفيق فى حذف عبارة « ولم تعد فى حيازة المدين » لأن هذه العبارة هى التى يتحقق معها وجود صعوبة فى التنفيذ تبرر عدم التعويل على الاموال المرهونة فى الدين . اما بغير هذه العبارة فان المال المرهون فى الدين لا توجد بشأنه صعوبة فى التنفيذ بل يوجد ما يجعله اولى بالتنفيذ من غيره من الاموال . وقد لاحظت ذلك بحق لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب فقررت حذف العبارة الاخيرة من نص=

فلا يجبر الدائن على التنفيذ على هذا المال الذى يقتضى منه زيادة فى الاجراءات .

ويمكن تطبيقا لهذا المبدأ ذاته القول بأنه لا عبرة فى قبول الدفع بالتجريد بالأموال التى يرشد اليها الكفيل اذا كانت تلك الأموال غير قابلة للحجز عليها ، أو كانت مثقلة بديون مقيدة تجاوز قيمتها ، أو كانت لا تترك للدائن المكفول دينه ما يفى كل الدين اذا لم يرشد الكفيل الدائن الى غير هذه الأموال ، لأن ارشاد الكفيل الى هذه الأموال لا يكون منتجا .

وكذلك لا يكون منتجا ارشاد الكفيل الى أموال للمدين قابلة للحجز وغير متنازع فيها ولا مثقلة برهون ولو كانت فى ذاتها كافية لوفاء الدين المكفول ما دام المدين فى حالة افلاس أو فى حالة اعسار ثابت يجعل من **المؤكد أن تنفيذ أى دائن على هذه الأموال لا يمكن أن يؤدى بسبب تزاحم الدائنين فى هذه الحالة الى تحصيل ذلك الدائن حقه كاملا .** واذن يكفى أن يثبت الدائن أن المدين الأصلى قد شهر افلاسه أو اعساره أو أن مجموع أموال المدين غير كاف لسداد جميع ديونه(٢٠٠) ليجعل الدفع بالتجريد غير مقبول أيا كانت أموال المدين التى يرشد اليها

= المشروع التمهيدى وهى عبارة « او كانت مرهونة فى الدين » وعللت ذلك بانه اذا وجد مال مرهون فى الدين ذاته كان هذا المال تامينا عينيا يجب استيفاء الدين منه اولا بمقتضى المادة التالية ولا يكون هناك محل لان يدل الكفيل عليه ، ولا لان يعول او لا يعول عليه فى قبول طلب التجريد . ونعتقد ان هذه اللجنة لو رجعت الى اصل النص المقترح لتبينت فائدة النص على عدم التعويل على الاموال المرهونة فى الدين ذاته اذا كانت هذه الاموال أنتقلت الى حيازة غير المدين ، ولربما ابقت على العبارة التى حذفتها واكملتها بما يفيد هذا المعنى .

(٢٠٠) تيرى فى التامينات والشهر العقارى باريس ١٩٨٨ ص ٨٧ نبذة ٦٢ .

الكفيل(٢٠١) •

٧٩ مكرر – استثناء خاص من هذا الشرط – تنص المـــادة ٧٩١ مدنى على انه « اذا كان هناك تأمين عينى خصص قانونا أو اتفاقا لضمان الدين ، وقدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه ، ولم يكن الكفيل متضامنا مع المدين ، فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل الا بعد التنفيـــذ على الاموال التى خصصت لهذا التأمين •

وهذه حالة من حالات الدفع بالتجريد استثنيت من ضرورة توافر الشرط الأخير فيها وهو ضرورة أن يرشد الكفيل الى أموال للمدين تفى بالدين بأكمله ، وفيها يكون للدائن تأمين عينى ، سواء كان رهنا رسميا أو حيازيا أو حق اختصاص أو حق امتياز على مال معين لا يكفى لوفـــاء الدين بأكمله ، ويكون الكفيل قد تعهد بكفالة الدين بعد نشوء هذا التأمين العينى أو معه ، لا قبله ، حيث يعتبر الكفيل انه اعتمد فى كفالته الدين على هذا التأمين ، فيجوز له أن يدفع تنفيذ الدائن على أمواله بتجريد المدين من المال الوارد عليه هذا التأمين ولو لم يكن هذا المال يفى بالدين بأكمله •

ويلاحظ أن هذا الاستثناء مقصور على حالة وجود تأمين على مال

---

(٢٠١) وقد عرضت لجنة كامل صدقى باشا لهذه الحالة بالذات وقال الرئيس فى شأنها انه يجب تمكين الدائن من التنفيذ ضد الكفيل فى حالة ما اذا كان على يقين من اعسار المدين . وهذا حل منطقى اذ ان فى البدء بالتنفيذ على المدين رغم اعساره مضيعة للوقت وبذل للجهد والمصروفات دون طـــائل . واعرب المسيو باسار عن تأييده لراى الرئيس وبخاصـــة لأن الراى الذى يشير به يتفق وصالح الكفيل الذى لن يتحمل الى جانب مصاريف التنفيذ عليه مصاريف الشروع فى التنفيذ ضد المدين المعسر (انظر مجموعـــة الاعمـــال التحضيرية جـ ٥ ص ٥٠١ وص ٥٠٢) .

من أموال المدين(٢٠٢) ، فلا يسرى فى حالة وجود تأمين شخصى كالحق فى الحبس ، ولا فى حالة وجود تأمين على مال مملوك لغير المدين كالكفالة

---

(٢٠٢) فى هذا المعنى عبد الباقى نبذة ٩٨ ، عبد الودود يحيى نبذة ٥٥ ص ٧٠ ويلاحظ أن النص لم يشترط ذلك صراحة بل جاءت عبارته مبنية للمجهول بحيث تتسع لأن يكون تخصيص التأمين العينى لضمان الدين حاصلا من المدين نفسه أو من غيره ، ولكن مما يؤيد ضرورة هذا الشرط موضع هذا النص من القانون وكذلك الاعمال التحضيرية والمبادىء العامة .

وأما موضع النص من القانون ، فلأنه قد ورد عقب النصوص المتعلقة بحق التجريد بحيث يبدو ملحقا بها ومتمما لها ، ولأن التجريد لا يكون الا بالنسبة الى أموال المدين .

ويظهر من الاعمال التحضيرية أن لجنة المرحوم كامل صدقى باشا قد اقتبست هذا النص من المادة ١٠٧٢ من التقنين اللبنانى وهى تطابق المادة ١١٣٦ من القانون المغربى وقد اشترطت كلتاهما ان يكون التأمين الخاص واردا على مال مملوك للمدين ، واشارت مذكرة المشروع التمهيدى عن نص المادة ١١٤٧ منه (= ٧٩١ مدنى) الى انه اقتبس من المادة ٢/٤٩٥ من التقنين السويسرى وان التقنين الالمانى جاء أيضا بحكم مشابه لهذا النص فى المادة ٢/٧٧٢ منه،وكلاهما يفترضان أن التأمين الخاص وارد على مال مملوك للمدين ، وقالت المذكرة « ان النص الذى اورده المشروع يمتاز بدقة العبارة بحيث يستبعد اوجه النقد التى اثارها نص التقنين الالمانى والسويسرى ، فالحكم الوارد بالمادة عام يشمل كل تأمين عينى من منقول او عقار سواء كان هذا التأمين قد خصص لوفاء الدين المكفول وحده أو مع ديون اخرى » . فلو أن واضع المشروع قصد أن يحيد عن التقنينين اللذين قارن بهما النص الذى وضعه فيما يتعلق بشروط ورود التأمين الخاص على مال مملوك للمدين لأشار الى ذلك على الاقل فى مذكرته الايضاحية فى معرض الموازنة التى عقدها بين نص المشروع والنصوص التى اقتبسه منها .

اما المبادىء العامة ، فتقتضى باعتبار كل من الكفيل العينى والكفيل الشخصى فى مركز واحد لأن التزام كل منهما التزام احتياطى ، ولأن كلا منهما اذا وفى الدين كان له ان يرجع على الاخر بقدر نصيبه من الكفالة . واذا كان الكفيل العينى لا يجوز له أن يطلب تجريد المدين (المادة ١٠٥٠ مدنى) ، مع جواز ذلك للكفيل الشخصى ، فلا يوجد ما يسوغ ان يطلب اى من الكفيلين تجريد الآخر ، وغاية الامر انه يجوز لكل منهما ان يدفع بالتقسيم اذا توافرت شروطه .

العينية ، فلا يجوز للكفيل أن يدفع التنفيذ على أمواله بوجوب التنفيذ أولا على المال المحبوس لدى الدائن أو على المال المملوك لغير المدين المرهون تأمينا للدين(٢٠٣) •

ولا بد فى الدفع بالتجريد فى هذه الحالة من توافر الشروط الثلاثة الأخرى التى تقدمت فى النبذ ٧٦ و ٧٧ و ٧٨ •

٨٠ — ايشترط فى قبول الدفع بالتجريد أن يعجل الكفيل نفقاته — نصت المادة ٢٠٢٣ فقرة أولى مدنى فرنسى على أنه يجب على الكفيل الذى يدفع بالتجريد أن يعجل المبالغ اللازمة لاجراء التجريد •

ولم يرد فى التقنين المصرى الملغى نص يقابل ذلك ، ولكن جرى الفقه والقضاء على الأخذ بهذا الحكم حتى لا يلزم الدائن بانفاق مصروفات من عنده تحقيقا لمصلحة الكفيل • وحكم بأن الكفيل يجب أن يعرض هذه المصروفات عرضا حقيقيا ، فاذا لم تقبل وجب عليه ايداعها ، وأن القاضى يعين عند النزاع مقدارها •

وقد رأت لجنة المرحوم كامل صدقى باشا أن تقنن ذلك ، فوضعت نصا له اعتمدته لجنة السنهورى باشا وأدرجته فى المشروع التمهيدى فى المادة ١١٤٤ مكررة وهو يقضى بأنه اذا طلب الكفيل التجريد ، وجب عليه أن يدل الدائن على أموال المدين وأن يقدم له المبالغ الكافية للقيام بالتجريد ، وقد أثبت فى محضر لجنة المرحوم كامل صدقى باشا (بجلسة ٢٩ أبريل ١٩٣٩) أن المبالغ الكافية للقيام بالتجريد تشمل التجريد نفسه وكذا مصاريف كافة اجراءات المطالبة المترتبة على حق التجريد •

وقد اعترض فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ على العبارة

---

(٢٠٣) فى هذا المعنى عبد الباقى نبذة ٩٨ ، منصور مصطفى رقم ٤٧ ، عبد الودود يحيى رقم ٥٥ ص ٧١ .

التى توجب تحمل الكفيل مصاريف التجريد ، فأجيب عن ذلك بأن هـذا الحـكم مأخوذ من قضاء المحاكم الذى جرى على غرار أحكام القانون الفرنسى ، وأن المقصود بالمصاريف التى يتحملها الكفيل عند التمسك بحق التجريد هى المصاريف التى يتطلبها ارشاد الدائن الى أموال المدين ٠

وبناء على هذه الاجابة رأت اللجنة أن تستبدل فى الفقرة الأولى من هذه المادة عبارة « وجب عليه أن يقوم على نفقته بارشـــاد الدائن الى أموال للمدين تفى الدين كله » (المادة ٧٨٩/١ مدنى) بعبارة « وجب عليه أن يدل الدائن على أموال للمدين تفى بالدين كله وأن يقدم له المصروفات الكافية للقيام بالتجريد » ٠ وقد راعت اللجنـــة فى ذلك أن مصروفات التجريد سيرجع بها الدائن على الكفيل فلا محل لالزامه بدفعها مقدما ، وبوجه خاص لأن مقدار هذه المصروفات يصعب عملا تعيينه من قبل ٠ ولهذا اكتفى بالزام الكفيل بارشاد الدائن الى أموال للمدين تفى بالدين كله وبأن يتحمل هو نفقة هذا الارشاد ٠

ويعتبر من نفقات الارشاد رسوم استخراج صـــور من سندات الملكية أو استخراج شهادة من المكلفة ٠ فهذه يقوم بها الكفيل لأنهـــا لازمة لاثبات ملكية المدين للأموال التى يراد تجريده منها ٠ أما نفقـات اجراءات التنفيذ على تلك الأموال فلا يلزم الكفيل بتقديمها ويتولى الدائن صرفها على أن يخصمها بطريق الامتياز من حاصل البيع(٢٠٤) ٠

٨١ ــ ما يترتب على قبول الدفع بالتجريد ــ متى توافرت شروط الدفع بالتجريد تعين قبوله وترتب على ذلك أثران مهمان :

---

(٢٠٤) فى هذا المعنى عبد الودود يحيى ص ٦٧ وفى ظل التقنين الملغى قضت محكمة استئناف اسيوط بوجوب ان يبين الكفيل اموالا للمـدين جائزا حجزها تفى بسداد الدين على ان تكون اموالا خاليه من النزاع وغيـر محملة بشىء من الرهون والحقوق العينية وان يقدم له المصاريف اللازمة للقيـام بتجريدها (٣١ يناير ١٩٢٨ المحاماة ٨ ــ ١٢٧ ــ ٣٣٥) ٠

(١) وقف اجراءات التنفيذ على أموال الكفيل .

(٢) الزام الدائن بالتنفيذ على أموال المدين التى أرشد اليهـا الكفيل .

٨٢ — (١) وقف اجراءات التنفيذ على أموال الكفيل — كانت المادة ٦١٢/٥٠٢ مدنى قديم تنص على أن « للكفيل ... الحق ... فى الزام رب الدين بمطالبة المدين بالوفاء اذا كان الظاهر أن أمواله الجائز حجزها تفى بأداء الدين بتمامه ، وحينئذ فللمحكمة النظر والحكم فى ايقـاف المطالبة الحاصلة للكفيل مؤقتا مع عدم الاخلال بالاجراءات التحفظية » . وكان نصها على المطالبة وعلى ايقافها عاما يتسع لرفع الدعوى على الكفيل ولاجراءات التنفيذ على أمواله ، فكان يوحى بأن للكفيل أن يتمسك بهذا الدفع سواء فى الدعوى المرفوعة عليه لاستصدار حـكم بالدين أو فى اجراءات التنفيذ وبأن للمحكمة أن تقضى بايقاف المطالبة ايقافا مؤقتا . فاذا كان الدفع قد تمسك به فى الدعوى حكمت المحكمة بوقفها وعـدم السير فيها الى حين تجريد المدين ، واذا تمسك به فى اجراءات التنفيذ قضت بوقف هذه الاجراءات . فكان ظاهرا أن المادة ٦١٢/٥٠٢ المذكورة تخلط بين الدفعين اللذين ميزهما التقنين الحالى وهما الدفع بعدم جواز رفع الدعوى على الكفيل وحده قبل رفعها على المدين ، والدفع بوقـف اجراءات التنفيذ على أموال الكفيل الى حين تجريد المدين من أمـواله (راجع ما تقدم فى نبذة ٦٢ وما يليها) .

وقد فطن القضاء الى هذا الخلط لأنه مع تسليمه بجواز التمسـك بالدفع المنصوص عليه فى المادة ٦١٢/٥٠٢ المذكورة فى الدعوى المرفوعة على الكفيل لاستصدار حكم عليه بالدين لم يرتب على قبول هذا الدفـع وقف سير هذه الدعوى ، وانما رتب عليه فقط وقف التنفيذ بالحكم الذى يصدر فيها الى حين تجريد المدين من أمواله ، مع عدم الاخلال بالاجراءات

التحفظية(٢٠٥) •

أما وقد ميز التقنين الحالى بين الدفعين المذكورين وجعل أولهما مقصورا على الدعوى المرفوعة على الكفيل لالزامه بالدين والثانى على اجراءات التنفيذ المتخذة على أموال الكفيل ، فقد أصبح الدفع بالتجريد لا يجوز التمسك به فى دعوى مطالبة الكفيل بالدين ، وبالتالى لم يعد ثمة محل للبحث فيما اذا كان يترتب عليه أو لا يترتب وقف السير فى تلك الدعوى •

ويؤخذ من نص المادة ٧٨٨ فقرة ثانية مدنى على أنه « لا يجوز له (أى للدائن) أن ينفذ على أموال الكفيل الا بعد تجريده المدين من أمواله ••• » أنه يترتب على تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد وقف اجراءات التنفيذ المتخذة على أمواله وقفا مؤقتا الى أن يتم تجريد المدين من أمواله التى أرشد اليها الكفيل وأنه يتعين على المحكمة أن تقضى بوقف هذه الاجراءات • فاذا استمر الدائن فى مباشرة اجراءات التنفيذ على أموال الكفيل بالرغم من الحكم بوقفها وقعت هذه الاجراءات باطلة •

وليس المقصود بوقف اجراءات التنفيذ منع الاستمرار فيها فحسب ، بل ايضا تعطيل كل أثر لما تم منها والغاء ما تم عند الاقتضاء اذا كان عدم الغائه يضر بالكفيل ، فيتعين مثلا الغاء التنبيه الموجه الى الكفيل والتأشير بذلك فى هامش تسجيله لأن التنبيه وتسجيله يعتبران من اجراءات التنفيذ التى يترتب عليها تقييد حقوق الكفيل فى أمواله محل هذا التنبيه • وكذلك الحجز التنفيذى الموقع تحت يد الغير •

ويلاحظ أن وقف اجراءات التنفيذ على أموال الكفيل قد يضر

---

(٢٠٥) نقض مدنى ٢١ يناير ١٩٣٧ الذى تقدمت الاشارة اليه •

بالدائن اذا لم تف أموال المدين التى أرشد اليها الكفيل بكامل حقـوقه لأى سبب من الأسباب وكان الكفيل قد تصرف فى أمواله أو هربها فى أثناء اجراءات التجريد ، وأن المادة ٥٠٢/٦١٣ مدنى قديم قد احتاطت لذلك فنصت على أن الحكم بايقاف المطالبة ايقافا مؤقتا يكون « مع عـدم الاخلال بالاجراءات التحفظية » . وبناء على ذلك أجيز للدائن الذى حكم بوقف تنفيذه على أموال الكفيل الى حين تجـريد المدين أن يتخذ الاجراءات التحفظية على أموال الكفيل ، كتوقيع الحجز التحفظى عليها ، وأخذ اختصاص بها ، ووضع الأختام على أموال تركة الكفيل اذا مات .

ولم يرد فى التقنين الحالى نص على حق الدائن فى اتخاذ الاجراءات التحفظية على أموال الكفيل فى هذه الحالة ، غير أن هذا لا ينفى ثبوت ذلك الحق للدائن لأن القواعد العامة تخوله اياه ولأن الأعمال التحضيرية تؤكدذلك(٢٠٦) ، فيجوز له توقيع الحجز التحفظى ويجوز له وضـع الأختام على تركة الكفيل . أما أخذ حق اختصاص على أموال الكفيـل فقد أصبح على الأقل محل شك فى ظل التقنين الحالى . ذلك أن استصدار الدائن أمرا باختصاصه بأموال مدينه — مع أنه بطبيعته لا يعدو أن يكون اجراء تحفظيا — قد اشترطت فيه المادة ١٠٨٥ مدنى أن يـكون الدائن حاصلا على حكم واجب التنفيذ(٢٠٧) . فيمكن القول بأن وقف التنفيذ

---

(٢٠٦) ورد فى محضر الجلسة الخامسة والثلاثين من محاضر لجنـة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ان المادة ٨٥٥ (= ٧٨٨ مدنى جديد) وهى الخاصة بالتمسك بحق التجريد تليت ، فقال سعادة الرئيس معترضا عـلى حكم الفقرة الثانية منها « انه ليس من العدل ان نحرم على الدائن التنفيذ على أموال الكفيل اذا وجد أن المدين يعمل على تهريب امواله ، اذ يجب ان يكون له فى مثل هذه الحالة ان ينفذ على اموال الكفيل على ان يقف فى التنفيذ عنـد حد الحجز » ، فأجاب معالى السنهورى باشا بأن « للدائن فى مثل هذه الحالة أن يلجأ الى الحجز مثلا كاجراء تحفظى ، وليكن معلوما انه لا يجوز له بيـع أموال الكفيل أو نزع ملكيتها الا بعد تجريد المدين من أمواله » (مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٤٩٨) .

(٢٠٧) راجع فى ذلك كتابنا فى التأمينات العينية ص ٢٨٥ نبذة ٢٠٢ .

المترتب على الدفع بالتجريد يجعل الحكم النهائى الذى حصل عليه الدائن ضد الكفيل غير صالح ليستصدر الدائن بموجبه أمرا باختصاصه بأموال الكفيل(٢٠٨) • غير أنه يمكن أن يلاحظ على ذلك أن اشتراط المادة ١٠٨٥ أن يكون الحكم الذى يؤخذ بموجبه حق الاختصاص واجب التنفيذ لم يغير من طبيعة استصدار الأمر بالاختصاص باعتباره اجراء تحفظيا ولم يجعل منه اجراء من اجراءات التنفيذ التى يترتب على الدفع بالتجريد وقفها وأن المشرع عندما اشترط هذا الشرط انما قصد به أن يكون الحكم الذى يؤخذ بموجبه الإختصاص حكما نهائيا غير قابل للمعارضة أو الاستئناف أو أن يكون على الأقل مشمولا بالنفاذ المعجل ، ولم تتجه نيته قط الى هذه الحالة الخاصة التى يكون فيها الحكم الحاصل عليه الدائن حكما نهائيا واجب التنفيذ بحسب أصله ولكن تنفيذه موقوف نتيجة للدفع بالتجريد •

وبناء عليه يمكن القول ان المشرع لم يقصد منع الدائن الحاصل على حكم واجب التنفيذ على أموال الكفيل من أخذ اختصاص على هذه الأموال لمجرد تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد وما يترتب على ذلك من وجوب وقف اجراءات التنفيذ على أمواله(٢٠٩) •

٨٣ — (٢) الزام الدائن بالتنفيذ على أموال المدين التى أرشد اليها الكفيل — لا يقتصر أثر الدفع بالتجريد على وقف اجراءات التنفيذ المتخذة على أموال الكفيل ، بل يقترن هذا الأثر بالتزام الدائن بالتنفيذ على أموال المدين التى أرشده اليها الكفيل — وهى أموال لا بد أن يكون القاضى قد اقتنع بكفايتها لسداد حق الدائن بأكمله • ويعتبر ذلك حقا للدائن ازاء المدين وواجبا عليه ازاء الكفيل •

---

(٢٠٨) انظر فى هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٥٧ نبذة ٩٧ •

(٢٠٩) قرب فى هذا المعنى كامل مرسى فى العقود المسماة جـ ١ ص ١٢٢ نبذة ٨٧ ، وفى الموجز فى التأمينات الشخصية والعينية ص ٦٤ نبذة ٨٧ ، منصور مصطفى نبذة ٤٦ ص ٩٤ وانظر عكس ذلك عبد الباقى نبذة ٩٧ •

فاذا نفذ الدائن على أموال المدين وحصل منه حقه كاملا ، انقضى بذلك حقه قبل المدين والتزامه ازاء الكفيل ، وبرأت ذمـة كل من المدين والكفيل • أما اذا لم يصب الدائن من اجراءات التنفيذ على أموال مدينه الا بعض حقه فقط ، برأت أولا ذمة الكفيل بقدر ما حصله الدائن ، وتعين بعد ذلك البحث فى سبب عدم تحصيل الدائن كامل حقه لتحديد المسئولية عن ذلك •

فاذا كان عدم تحصيل الدائن باقى حقه من أموال المدين راجعا الى سبب أجنبى عنه كما اذا كانت الأموال لا تساوى القيمة التى قدرها بها القاضى الذى قبل الدفع بالتجريد ، أو طرأ عليها ما نقص قيمتها ، أو اذا ظهر دائنون عاديون ذوو ديون سابقة لم تكن معلومة عند قبول الدفع بالتجريد فزاحموا الدائن فى الاستيفاء من قيمة الأموال التى أرشد عنها الكفيل ، كان الدائن غير مسئول عن ذلك ، وجاز له التنفيذ بالباقى على أموال الكفيل •

أما اذا كان عدم تحصيل الدائن باقى حقه من أموال المدين راجعا الى خطأ منه أو الى تأخره فى تجريد أموال المدين ، كان مسئولا عن ذلك وبرأت ذمة الكفيل بالقدر الذى يكون فيه الدائن مسئولا • وتطبيقا لذلك نصت المادة ٧٩٠ مدنى على أنه « فى كل الأحوال التى يدل فيها الكفيـل على أموال المدين ، يكون الدائن مسئولا قبل الكفيل عن اعســار المدين الذى يترتب على عدم اتخاذه الاجراءات اللازمة فى الوقت المناسب » ، أى أنه اذا ثبت أنه لو لم يتأخر الدائن فى تجريد أموال المدين لاستوفى منها حقه كاملا ، وأنه بسبب تأخره فى ذلك مـكن المدين من التصرف فى بعض أمواله أو من زيادة ديونه بحيث أصبح الناتج من بيع أمواله التى أمكن التنفيذ عليها غير كاف لسداد جميع ديونه وتعين تقسيمه قسـمة غرماء بين جميع دائنيه ، فان الدائن المكفول دينه يكون مسـئولا ازاء الكفيل عن القدر الذى لم يستطع تحصيله من أموال المدين بسبب تأخره فى اتخاذ اجراءات التجريد ؛ وتبرأ ذمة الكفيل بهذا القدر ذاته ، فـان كان هو كل الباقى من الدين برأت ذمة الكفيل براءة تامة ، وان كان أقل

من باقى الدين بقى الكفيل ملزما بالفرق .

٨٤ — تجريد المدين من المـــال المرهـــون فى الدين المكفول — وقد خول المشرع الكفيل حق طلب تجريد المدين من مال معين ولو كان هذا المال غير كاف لوفاء الدين بأكمله ما دام قد سبق تخصيصـــه لوفاء الدين المكفول حيث نص فى المادة ٧٩١ مدنى على أنه « اذا كان هنـــاك تأمين عينى خصص قانونا أو اتفاقا لضمان الدين ، وقدمت كفالة بعـــد هذا التأمين أو معه ولم يكن الكفيل متضامنا مع المدين ، فلا يجـــوز التنفيذ على أموال الكفيل الا بعد التنفيذ على الأموال التى خصصت لهذا التأمين » .

ويجب لتطبيق هذا النص توافر خمسة شروط :

(١) أن يكون الدين المكفول مضمونا أيضا بتأمين عينى ، ســـواء كان هذا التأمين العينى اتفاقيا كالرهن بنوعيه أو قانونيا كالامتياز . ويلحق الاختصاص بالرهن الرسمى اذ تسرى عليه جميـــع أحكام ذلك الرهن(٢١٠) . ويستوى أن يكون ذلك التأمين العينى واردا على منقول أو عقار ، وأن يكون ضامنا الدين المكفول وحده أو ضامنا اياه وغيـــره من الديون ، وأن تكون قيمته كافية لوفاء الدين بأكمله أو غير كافية ، ولكن لا يكفى أن يكون الدين مضمونا بتأمين خاص غير عينى كالحق فى الحبس فى القانون الحالى(٢١١) .

(٢) وأن يكون هذا التأمين العينى قد تقـــرر على مال مملوك للمدين(٢١٢) ، ولو أن النص لم يشترط ذلك صراحة بل جاءت عبـــارته

---

(٢١٠) فى هذا المعنى ايضا عبد الباقى نبذة ٩٨ ، منصور مصـــطفى نبذة ٤٧٥ ، عبد الودود يحيى نبذة ٥٥ .

(٢١١) انظر عكس ذلك عبد الودود يحيى نبذة ٥٥ ص ٧٠ .

(٢١٢) فى هذا المعنى ايضا عبد الباقى نبذة ٩٨ ، عبـــد الودود يحيى نبذة ٥٥ ص ٧٠ .

مبنية للمجهول بحيث تتسع لأن يكون تخصيص التأمين العينى لضمان الدين حاصلا من المدين نفسه أو من غيره . ومما يؤيد ضرورة هـذا الشرط موضع هذا النص من القانون والأعمال التحضيرية والمبادىء العامة .

وأما موضعه من القانون فلأنه قد ورد عقب النصوص المتعلقة بحق التجريد بحيث يبدو ملحقا بها ومتمما لها ، ولأن التجريد لا يكون الا بالنسبة الى أموال المدين .

ويظهر من الأعمال التحضيرية أن لجنة المرحوم كامل صدقى باشا قد اقتبست هذا النص من المادة ١٠٧٢ من التقنين اللبنانى وهى تطابق المادة ١١٣٦ من التقنين المراكشى وقد اشترطت كلتاهما أن يكون التأمين الخاص واردا على مال مملوك للمدين ، وأشارت مذكرة المشروع التمهيدى عن نص المادة ١١٤٧ منه (= المادة ٧٩١ مدنى جديد) الى أنه اقتبس من المادة ٤٩٥ فقرة ٢ من التقنين السويسرى وأن التقنين الألمانى جاء أيضا بحكم مشابه لهذا النص فى المادة ٧٧٢ فقرة ٢ منه ، وكلاهما يفترضان أن التأمين الخاص وارد على مال مملوك للمدين . وقالت « ان النص الذى أورده المشروع يمتاز بدقة العبارة بحيث يستبعد أوجه النقد التى أثارها نص التقنينين الألمانى والسويسرى . فالحكم الوارد بالمادة عام يشمل كل تأمين عينى من منقول أو عقار ، سواء كان هـذا التأمين قد خصص لوفاء الدين المكفول وحده أو مع ديون أخرى » . فلو أن واضع المشروع قصد أن يحيد عن التقنينين اللذين قارن بهما النص الذى وضعه فيما يتعلق بشروط ورود التأمين الخاص على مال مملوك للمدين لأشار الى ذلك على الأقل فى مذكرته الايضاحية فى معرض الموازنة التى عقدها بين نص المشروع والنصوص التى اقتبسه منها .

أما المبادىء العامة فتقضى باعتبار كل من الكفيل العينى والكفيل الشخصى فى مركز واحد لأن التزام كل منهما التزام احتياطى ولأن كلا منهما اذا وفى الدين كان له أن يرجع على الآخر بقدر نصيبه من الكفالة .

واذا كان الكفيل العينى لا يجوز له أن يطلب تجريد المدين (المادة ١٠٥٠ مدنى جديد) • مع جواز ذلك للكفيل الشخصى ، فلا يوجد ما يسوغ أن يطلب أى من الكفيلين تجريد الآخر • وغاية الأمر أنه يجوز لكل منهما أن يدفع بالتقسيم اذا توافرت شروطه •

(٣) وأن يكون التأمين الخاص قد تقرر وقت الكفالة أو قبلها ، وذلك لأن الكفيل يكون فى هذه الحالة قد اعتمد على التأمين الخاص فى وفاء الدين المكفول وقصد أن لا يلتزم الا بما يجاوز قيمة هذا التأمين الخاص ، فلا يجوز التنفيذ على أمواله بأكثر مما قصد أن يلتزم به • أما اذا تقرر تأمين خاص بعد الكفالة ، فان الكفيل لا يكون قد اعتمد عليه ولا قصد أن يقصر التزامه على ما يجاوز قيمة هذا التأمين ، فلا محل لالزام الدائن قانونا بتجريد المدين من المال الذى تقرر عليه هذا التأمين اللاحق •

(٤) وأن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين ، لأن الكفيل الذى يتضامن مع المدين ينزل بذلك عن حقه فى التجريد ، فلا يجوز له طلب تجريد المدين من جميع أمواله ولا حتى من المال الذى خصص لوفاء الدين المكفول •

(٥) وأن يتمسك الكفيل بتجريد المدين من المال المخصص لوفاء الدين المكفول ، وهذا الشرط ضرورى ولو أن المادة ٧٩١ لم تنص عليه كما نصت عليه المادة ٧٨٨ فقرة ثانية(٢١٣) • وذلك لأن التجريد فى كلتا الحالين مقرر لمصلحة الكفيل فيجوز له أن ينزل عنه ، ولأن المادة ٧٩١ قد اشترطت فى تطبيقها أن لا يكون الكفيل متضامنا مع المدين ، ولأن علة هذا الشرط الأخير أن قبول التضامن يعتبر نزولا عن التجريد • فالنص على هذا الشرط يعتبر فى حكم النص على عدم النزول عن التجريد • واذا

---

(٢١٣) فى هذا المعنى ايضا عبد الباقى نبذة ٩٨ ، عبد الودود يحيى نبذة ٥٥ ص ٧١ ، منصور مصطفى نبذة ٥٧ .

كان عــدم النزول عن التجريد ضروريا لتطبيق حكم المادة ٧٩١ ، فلا بد من اشتراط التمسك بتطبيقه لأن عدم التمسك به يعتبر نزولا عنه •

ومتى توافرت هذه الشروط تعين وقف اجراءات التنفيذ المتخــذة على أموال الكفيل الى أن يتم تجريد المدين من المال الذى خصص لوفاء الدين وأن يتضح عدم كفايته لذلك•والغالب أن الكفيل لن يلجأ الى التمسك بالمادة ٧٩١ الا اذا كان المال المخصص لوفاء الدين لا يفى به كله وكان الكفيل لا يستطيع أن يرشد الى أموال للمدين تفى بالدين كله ، والا فانه يلجأ الى التمسك بالمادة ٧٨٨ فقرة ثانية لأن شروطها أخف مما يشترط فى تطبيق المادة ٧٩١ •

المبحث الثـــالث

فى بعض أوصــاف الكفالة وفى تعدد الكفلاء

٨٥ ــ تعديل آثار الكفالة البسيطة ــ درسنا فى المبحث الســابق آثار الكفالة البسيطة التى يكون فيها الكفيل كفيلا شخصيا واحدا غيــر متضامن مع المدين •

أما اذا كان الكفيل عينيا أو متضامنا مع المدين أو كفيلا للكفيــل أو تعدد كفلاء الدين الواحد ، فان ذلك من شأنه أن يعدل بعض الشىء فى الآثار التى تترتب على الكفالة البسيطة •

وسنخصص المطلب الأول من هذا المبحث لما يترتب على الأوصاف التى تدخل على الكفالة فى الحالة التى يكون فيها الكفيل واحدا والمطلب الثانى للحالة التى يتعدد فيها الكفلاء •

المطلب الأول

فى الكفالة التضامنية والكفالة العينية وكفالة الكفيل

٨٦ — التعريف بالكفالة التضامنية — الكفالة التضامنية هى التى يكون فيها الكفيل متضامنا مع المدين بحيث يجوز للدائن أن يطالب أيا منهما بكل الدين دون أن يستطيع الكفيل — اذا وجهت اليه المطالبة أولا — أن يدفعها بعدم جواز مطالبته قبل مطالبة المدين أو يدفع اجراءات التنفيذ على أمواله بحق التجريد أو يطلب تقسيم المطالبة بينه وبين غيره من الكفلاء . فالكفالة التضامنية تجمع بالنسبة الى الدائن فوق مزايا الكفالة البسيطة بعض مزايا التضامن بين المدينين أيضا ، وهى بالنسبة الى الكفيل تعتبر أقسى من الكفالة البسيطة .

والأصل أن التضامن لا يفترض بين المدينين (المادة ٢٧٩ مدنى) ، وهو كذلك لا يفترض بين الكفيل والمدين ، بل لا بد من تقريره باتفاق أو بنص فى القانون .

وقد نصت المادة ٧٩٥ مدنى على أنه فى الكفالة القضائية أو القانونية يكون الكفلاء دائما متضامنين . ومؤداها أن الكفيل الذى يقدمه المدين تنفيذا لالتزام مقرر فى ذمته بمقتضى نص القانون أو حكم من القضاء يعتبر كفيلا متضامنا مع المدين سواء صرح بقبوله الالتزام بالتضامن أو لم يصرح بذلك لأن تضامنه مع المدين مقرر بنص القانون(٢١٤) .

---

(٢١٤) ويرى زميلنا الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى أن هذا النص لا يقتصر على تقرير التضامن بين الكفيل القانونى أو القضائى والمدين ، بل يقرر التضامن ايضا بين الكفلاء القانونين أو القضائين فيما بينهم اذا تعددوا (راجع مؤلفه فى التامينات الشخصية والعينية ص ٥٠) . ونحن لا يسعنا =

وقضت محكمة النقض بأن نصوص الاتفاقية الدولية الخاصـــة بالاستيراد المؤقت للسيارات التى وافقت عليها جمهورية مصر بالقانون رقم ١٩٩ سنة ١٩٥٦ مؤداها ان نادى السيارات يعد كفيلا متضـــامنا

= الموافقة على هذا الراى (اولا) لانه يفترض أن المدين الملتزم قانونا او قضاء بتقديم كفيل قد قدم عدة كفلاء ، ولأن هذا الفرض لا يقع عملا اذ ان القانون او القضاء اذا الزم المدين بتقديم كفيل فان المدين لا يقدم غير كفيل واحـــد ولا يقبل منه تكملة كفالة بكفالة اخرى الا اذا رضى الدائن بذلك وهو غالبـــا لا يرضى ويفضل كفيلا واحدا ذا يسار كاف لضمان كل الدين ، فمن المستبعد ان يكون المشرع قد قصد بالمادة ٧٩٥ مدنى مواجهة هذا الفرض النظرى او نادر الوقوع على الاقل ، و (ثانيا) لأن مذكرة المشروع التمهيـــدى قررت صراحة ان الفقرة الثالثة من المادة ١١٥٠ من المشروع (= م ٧٩٥ مدنى) — وهى التى تنص على التضامن فى الكفالة القضائية — حكمها وارد بالمـــادة ٦٠٩/٤٩٩ مدنى ملغى ، غير ان المشروع جعل النص عاما شاملا ، فأضاف الى الكفالة القضائية الكفالة القانونية .

وبالرجوع الى المادة ٦٠٩/٤٩٩ المذكورة والمادة السابقة عليها يتضح أنهما كانتا تنصان على أنه « فى حالة عدم وجود شرط صريح لا تكون الكفالة الا على أصل الدين ولا توجب التضامن . أما الكفالة التى تؤخذ بالمحـــاكم او او بناء على حكم ، فتستلزم التضامن حتما مع كفالة الفوائد والمصاريف » ، اى انهما لم تواجها قط حالة تعدد الكفلاء والتضامن فيما بينهم ، بل اقتصرتا على التضامن بين الكفيل والمدين . وظاهر من مذكرة المشروع التمهيدى أن واضعيه لم يقصدوا تعديل النص القديم فى هذا الخصوص .

ويلاحظ ان نص المادة ١١٥٠ من المشروع منقول حرفيا عن النصـــوص التى كانت قد اقرتها لجنة المرحوم كامل صدقى باشا ، ويخلص من الاعمـــال التحضيرية لهذه اللجنة الاخيرة أن الاقتراح الاصلى لهذه المادة كان يقول : « اما فى الكفالة القضائية والقانونية والتجارية ، فيـــكون الـــكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين . ولوحظ على هذا النص انه يجمع بين الكفالة التجارية وبين الكفالة القضائية والقانونية مع اختلاف حكمهما ، فقرر المسيو دونيه أنه عرض للكفالة التجارية وعالجها فى مشروع تعديل القانون التجارى حيث موضعها الطبيعى . وبناء على ذلك تقرر استبعاد عبـــارة الكفـــالة التجارية من النص المقترح واستبعاد العبارة التى تفيد تضامن الكفلاء فيمـــا بينهم (ومن رأينا فى هذا الشأن محمد على امام ص ١١٩) .

بحكم القانون مع طالب الترخيص(٢١٥) ٠

أما فى الكفالة الاتفاقية فلا يكون ثمة تضامن الا اذا اتفق على ذلك صراحة ولا يجوز التوسع فى تفسير عبارات الاتفاق(٢١٦) ٠ ويفسر الشك لمصلحة الكفيل أى أنه يحمل على عدم التضامن ٠

وقد يحدث كثيرا فى العمل أن تستتر الكفالة التضامنية تحت ستار التضامن بين المدينين ، فيقبل الكفيل أن يلتزم بصفته مدينا متضامنا مع المدين الأصلى مع أنه فى الواقع من الأمر ليس مدينا ولم يأخذ شيئا من الدين ، وهذه هى حالة المدين المتضامن دون مصلحة له فى الدين التى نصت عليها المادة ٢٩٩ مدنى ٠

ولأن مركز الكفيل المتضامن يشبه من بعض نواحيه مركز المدين المتضامن دون مصلحة فى الدين ، فقد رأينا أن نبدأ بدراسة هذه الحالة الأخيرة لأنها تمهد لدراسة الكفالة التضامنية ٠

٨٧ — حكم المدين المتضامن دون مصلحة له فى الدين — نصت المادة ١٢١٦ مدنى فرنسى على أنه « اذا كانت المصلحة التى من أجلها عقد الدين بالتضامن لا تخص الا أحد الملتزمين بالتضامن ، فان هذا الملتزم يتحمل بالدين كله فى علاقته بالمدينين الآخرين ولا يعتبر هؤلاء الا كفلاء بالنسبة اليه » ، ومعنى ذلك أن المدين المتضامن دون مصلحة له

---

(٢١٥) نقض مدنى ٢٢ ديسمبر ١٩٨٠ مجموعة احكام النقض ٣١ — ٢٥٩١ — ٣٨٩ ٠

(٢١٦) استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر ١٩٠٩ (٢٢ ص ٨٣) ، أول مايو سنة ١٩١٦ (٢٨ ص ١٧٩) . وحكم بأن الكفالة المعطاة فى عقد ايجار لا تكون تضامنية ولو كان جميع أطراف العقد تجارا وكان موضوع التعاقد استغلالا تجاريا ما لم يتفق على غير ذلك [استئناف مختلط ٣ نوفمبر ١٩٤٨ (٦١ ص ١٤)] ٠

فى الدين يعتبر مدينا متضامنا فى علاقته بالدائن ، ولا يعتبر الا كفيلا فى علاقته بالمدين المتضامن ذى المصلحة فى الدين وبالمدينين المتضامنين الآخرين الذين يعتبرون كفلاء مثله . فاذا وفى هو الدين جاز له الرجوع به كله على المدين المتضامن ذى المصلحة فى الدين ، فان لم يتيسر له ذلك كان له الرجوع على المدينين الآخرين كل منهم بقدر حصته . أما اذا وفى الدين المدين ذو المصلحة فى الدين فلا يكون له رجوع على المدينين المتضامنين دون مصلحة .

ولم يكن فى التقنين المصرى الملغى نص على هذه الحالة ، فلوحظ عند وضع التقنين الحالى أن هذه الحالة كثيرة الوقوع فى العمل وبخاصة فى تضامن جميع موقعى الورقة التجارية حيث يكون المستفيد من الد... هو صاحب الورقة أو المسحوب عليه فقط بينما يعتبر سائر موقعى الورقة وهم المحيلين مدينين متضامنين مع الأول ، وكذلك فى تضامن الزوجة مع زوجها فى دين عقد لمصلحة الزوج وحده ولأعماله الخاصة(٢١٧) .

ولذلك نص فى المادة ٢٩٩ منه على أنه « اذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين ، فهو الذى يتحمل به كله نحو الباقين » .

٨٨ — **حكم الكفيل المتضامن** — نصت المادة ٧٩٣ مدنى على أن « لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد » . وقد تقدم أن من شروط الدفع بالتجريد وكذلك الدفع بعدم جواز مطالبة الكفيل قبل مطالبة المدين أن يكون الكفيل لم يتنازل عن هذين الدفعين ولم يلتزم

---

(٢١٧) وقد ذهبت المادة ١٤٣١ مدنى فرنسى الى حد انشاء قرينة قانونية لمصلحة الزوجة التى تتضامن مع زوجها فى دين ، على أن الدين لمصلحة الزوج وحده وانها هى لا تعتبر فى علاقتها به الا كفيلة ، فيجوز لها اذا وفت الدين أن ترجع به كله على زوجها . غير أن هذه القرينة قابلة لاثبات العكس .

بالتضامن مع المدين (راجع نبذة ٦٥ ونبذة ٧٥) • وسيجىء أن الكفيل المتضامن لا يجوز له الدفع بالتقسيم (أنظر نبذة ٩٣) • ويترتب على التضامن بين المدين وكفيله أن هـذا الأخير لا يبقى له سوى التمسك بالدفوع الخاصة بشخصه ، ولكنه يحتج عليه بالحكم الذى يصدر بثبوت الدين المكفول فى ذمة المدين الأصلى(٢١٨) •

ويبين من ذلك أن الكفالة التضامنية تخول الدائن ضمانا أوفى مما تخوله الكفالة البسيطة لأنها تحرم الكفيل المتضامن من ثلاثة دفوع يختص بها الكفيل العادى ولا تثبت للكفيل المتضامن ، **اى أنها تجعل مركز الكفيل المتضامن فى صلته بالدائن أقرب الى مركز المدين المتضامن منه الى مركز الكفيل العادى** •

أفيكون أثر التضامن فى الكفالة جعل الكفيل حقا ازاء الدائن فى مركز المدين المتضامن من جميع الوجوه ، أم يقتصر فقط على حرمان الكفيل المتضامن من هذه الدفوع الثلاثة مع الابقاء على صفته ككفيل فيما عدا ذلك ؟

تظهر أهمية الاجابة عن هذا السؤال فى عدة مسائل وبوجه خاص فيما يأتى :

(١) فى المقاصة التى تقع بين الدائن والمدين اذ يجوز للكفيل المتضامن التمسك بها ولا يجوز ذلك للمدين المتضامن الا بقدر حصة المدين الأول (المادة ٢٨٧ مدنى) •

(٢) فى تقادم الدين المكفول اذ يجوز للكفيل المتضامن التمسك به

---

(٢١٨) استئناف مختلط ٢٧ مارس ١٩٤٠ (٥٢ ص ٢٠٠) ، وايضا ٤ مايو ١٩٣٨ (٥٠ ص ٢٧٨) •

اذا اعتبر كفيلا(٢١٩) ولا يجوز له ذلك اذا اعتبر مدينا متضامنا الا بقدر حصة المدين الأصلى (المادة ٢٩٢ مدنى) •

(٣) فى الدفع باضاعة التأمينات اذ يثبت هذا الدفع للكفيل المتضامن دون المدين المتضامن •

(٤) فى الدفوع الخاصة بشخص المدين كعيوب الرضا ونقص الأهلية ، اذ يجوز للكفيل المتضامن التمسك بها الا ما استثنى ولا يجوز ذلك للمدين المتضامن •

وهذا عدا عدة مسائل أخرى تظهر فيها أهمية الاجابة عن هذا السؤال فى القانون الفرنسى(٢٢٠) وفى التقنين المصرى الملغى ، يرجع أغلبها الى فكرة النيابة التبادلية التى اتخذها التقنينان المذكوران أساسا لأحكام التضامن بين المدينين والتى نبذها التقنين المصرى الحالى فترتب على نبذها نقص الفوارق بين مركز المدين المتضامن ومركز الكفيل المتضامن (أنظر المواد ٢٩٢ فقرة ثانية ، و ٢٩٣ فقرة ثانية ، ٢٩٤ ، ٢٩٥ ، ٢٩٦ مدنى ، وقرب الوافى جـ ٢ المجلد ٤ فى أحكام الالتزام سنة ١٩٩٢ ص ٥٩٢ وما بعدها نبذة ٢٨٥ مكرر) •

ولقد كانت هذه المسألة محل خلاف فى القانون الفرنسى بين الفقه والقضاء مرجعه الى أن المادة ٢٠٢١ مدنى فرنسى تنص على أن « الدفع بالتجريد لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين ، وفى هذه الحالة تسرى على التزام الكفيل القواعد المقررة فى شأن المدينين المتضامنين » ،

---

(٢١٩) ولا تؤثر فى حقه فى ذلك مطالبة المدين واستصدار حكم عليه بالدين ما دام الكفيل لم يطالب مع المدين فى الدعوى (نقض مدنى ٦ يونيه ١٩٤٠ المحاماة ٢١ — ٣٢٢ — ١٥٤ مجموعة القواعد القانونية ٣ — ٢٠٦ — ٢٣٩) •

(٢٢٠) انظر بيدان وفواران نبذة ١٣٤ .

فطبقت أكثر المحاكم هذا النص واعتبرت الكفيل المتضامن كالمدين المتضامن فى صلته بالدائن وكالكفيل فى علاقته بالمدين الأصلى ، أى أنها عاملته معاملة المدين المتضامن دون مصلحة له فى الدين ، فلم تجز له الدفع بالمقاصة ولا الدفع بالتقادم ولا سائر الدفوع التى تجوز للكفيل ، ولو أنها أجازت له الدفع باضاعة التأمينات(٢٢١) ٠

أما الشراح فقد اعترض أكثرهم على هذا المذهب لمخالفته قصد العاقدين اذ لو أراد الكفيل أن يلتزم كالمدين المتضامن دون مصلحة له فى الدين لصرح بذلك ولم يصف تعهده بالكفالة ، فلا بد من اعمال هذا الوصف الأخير وتغليبه على فكرة الالتزام بالتضامن وتفسير المادة ٢٠٢١ على أن المقصود بها استبعاد بعض أحكام الكفالة التى لا تعتبر من مستلزماتها وابقاء ما يعتبر من مستلزماتها كالدفع باضاعة التأمينات ٠ غير أنهم لم يسعهم الا أن يسلموا باستبعاد بعض الأحكام التى تعتبر من مستلزمات الكفالة كالدفع بالتجريد والدفع بالتقسيم(٢٢٢) ٠

ولم يكن فى التقنين المصرى الملغى نص يقابل المادة ٢٠٢١ مدنى فرنسى ، فسمح ذلك للقضاء المصرى بأن يذهب مذهب الشراح الفرنسيين وأن يخالف المحاكم الفرنسية ويغلب صفة الكفالة فى الكفالة التضامنية ويجيز للكفيل المتضامن التمسك بالدفوع التى تجوز للمدين ، حتى الشخصى منها(٢٢٣) ، وينكر وجود نيابة تبادلية بين المدين وكفيله المتضامن معه وما يترتب على هذه النيابة من آثار(٢٢٤) ٠

---

(٢٢١) انظر بيدان وفواران نبذة ١٣٦ ، فليب تيرى ، فى التأمينات والشهر العقارى سنة ١٩٨٨ نبذة ٥٧ ص ٨٤ ٠

(٢٢٢) انظر بيدان وفواران نبذة ١٣٧ ٠

(٢٢٣) انظر فى ذلك أحكام المحاكم التى أشارت اليها المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٥٢٦ والتى اشار اليها زميلنا عبد الفتاح عبد الباقى فى ص ١٣ هامش ١ ، ويضاف حكم المحكمة الجزئية ١٤ يناير ١٠٣٩ المحاماة ٢٠ — ١٢٤١ — ٥١٨ ٠

(٢٢٤) نقض مدنى ١٧ يناير ١٩٤٦ المجموعة ٤٧ — ٢٧٧ — ١٤٥ وقد =

وقد أراد واضعو المشروع التمهيدى لتنقيح القـــانون المدنى أن يقننوا هذا القضاء المصرى ، فوضعوا لذلك نصا فى المـــادة ١١٥١ من المشروع يقضى بأن « لا يسأل الكفيل المتضامن مسئولية المدين المتضامن ، **فيجوز له أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين** » . وأقرت لجنة المراجعه هذا النص بعد أن حذفت منه عبـارة « لا يسأل الكفيل المتضامن مسئولية المدين المتضامن » لأنها أدخل فى الفقه منها فى التشريع ولأن حكم المادة بعد حذف هذه الفقرة يستخلص منه مدلولها . واستقر النص المعدل فى المادة ٧٩٤ مدنى .

وبناء على ذلك يعتبر الكفيل المتضامن كفيـــلا قبـل كل شىء ، فيجوز له التمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين كالدفع بالمقاصة والدفع بالتقادم(٢٢٥) ، حتى الدفوع الخاصة بشخص المدين كالدفع بعيوب الرضا وبنقص الأهلية الا اذا كانت الكفالة حاصلة بسبب نقص الأهلية . كما يجوز له الدفع باضـاعة التأمينات . **وغاية الأمر أنه لا يجوز له الدفع بعدم جواز مطالبته قبل مطالبة المدين ولا الدفع بالتجريد ولا الدفع بالتقسيم لأن قبوله الالتزام بالتضـامن يعتبر نزولا عن هذه الدفوع الثلاثة(٢٢٦) .**

= جاء فيه ان حكم المادة ١١٠ مدنى (قديم) الخاص بالنيابة التبادلية بين الملتزمين بالتضامن يسرى فيما بين المدينين المتضامنين بعضهم وبعض . وفيما بين الكفلاء المتضامنين بعضهم وبعض ، لا فيما بين المدين وكفيله المتضامن معه . وفى هذا المعنى ايضاً نقض مدنى ٢٤ ابريل ١٩٥٢ مجموعة احـــكام النقض ٣ — ٩٦٩ — ١٤٣ . وقرب من ذلك طنطا الابتدائية ١٤ نوفمبر ١٩٤٨ المحاماة ٢٩ — ١٩٩ — ١١٦ .

(٢٢٥) نقض مدنى ٦ يونيه ١٩٤٠ المحاماة ٢١ — ٣٢٢ — ١٥٤ .

(٢٢٦) قرب من ذلك نقض مدنى ١٦ يونيه ١٩٧٤ مجموعة احكام النقض ٢٥ — ١٠٨٢ — ١٧٩ وقد جاء فيه أنه لئن كان تحرير احتجاج عدم الدفـع شرطا للرجوع على مظهرى الورقة التجارية وضمانهم ، فانه لا يعتبر كذلك بالنسبة للرجوع على المدين الاصلى وضامنه الاحتياطى . واذ كان الطاعن =

وقررت محكمة النقض بأن الكفيل المتضامن وان كان يفقد بعض المزايا المقررة للكفيل العادى والتى لا تتفق أساسا مع فكرة التضامن ، الا أنه يظل ملتزما التزاما تابعا يتحدد نطاقه — طبقا للقواعد العامة — بموضوع الالتزام الأصلى فى الوقت الذى عقدت فيه الكفالة(٢٢٧) •

وقد قررت محكمة النقض ان ما ورد بالمادة ١١٠ مدنى قديم من أن « مطالبة أحد المدينين المتضامنين مطالبة رسمية واقامة الدعوى بالدين يسريان على باقى المدينين » هو استثناء من الأصل الذى مقتضاه أن انقطاع التقادم المترتب على المطالبة الرسمية بالدين لا يتعدى أثره من وجه اليه الطلب • ومن ثم وجب أن يلتزم فى تفسيرها ما ورد به صريح نصها وان تحصر آثار النيابة المتبادلة المفترضة قانونا بين المدينين المتضامنين فى حدود التزامهم الأصلى كمقتضى النص ، فلا يجوز أن يسوى فى حكمه عن طريق القياس بين الكفيل المتضامن والمدين المتضامن لأن تضامن الكفيل مع المدين لا يصيره مدينا أصليا بل يبقى التزامه تبعيا وان كان لا يجوز له التمسك بالزام الدائن بمطالبة المدين بالوفاء أو بالتنفيذ على أمواله أولا ، وينبنى على كون التزام الكفيل تابعا لالتزام المدين أن ينقضى حتما بانقضائه ولو كان التقادم قد انقطع بالنسبة الى الكفيل ، ولا فرق فى هذا الحكم بين الكفيل المتضامن والكفيل غير المتضامن(٢٢٨) •

= قد استند فى نعيه الى المادة ١٦٩ من قانون التجارة ، وهى على ما هو ظاهر من نصها خاصة بسقوط حق حامل الورقة التجارية فى الرجوع على المظهرين وضمانهم الاحتياطيين اذا اهمل الواجبات المنصوص عليها فيها ، فلا وجه تبعا لذلك لتمسك الطاعن وهو كفيل متضامن مع المدين الاصلى بتطبيق تلك المادة .

(٢٢٧) نقض مدنى ٥ ابريل ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض ١٧ — ٧٩٧ — ١٠٧ .

(٢٢٨) نقض مدنى ٢٤ ابريل ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ — ٤٥٨ — ١٩٨ ، ومجموعة احكام النقض ٣ — ٩٦٩ — ١٤٣ ، وجاء فى حكم استئناف أسيوط =

وقررت فى حكم آخر أن المستفاد من تفرقة القانون بين مركز المدين المتضامن ومركز الكفيل المتضامن ، ومن ان عقد الكفالة لا يمكن أن ينطوى على وكالة من الكفيل المتضامن الى المدين يخوله تمثيل الكفيل فى دعوى الدين ، ومن اختلاف مصلحتهما فى تلك الدعوى ، المستفاد من ذلك ان الشارع لم يقصد التسوية بينهما فى الحكم الذى نص عليه بالمادة ١١٠ مدنى قديم ؛ ولا يغير عن هذا النظر ان تلك المادة وردت فى باب (التعهدات على العموم) فيكون حكمها جاريا على المتعهدين كائنا ما كان مصدر التعهد لأن محل ذلك أن يكون التضامن الذى يربطهم بعضهم ببعض ناشئا عن مصدر واحد . واذن فمطالبة أى واحد من الكفلاء المتضامنين تسرى فى حق سائر زملائه لاتحاد المركز والمصلحة اتحادا اتخذ منه القانون أساسا لافتراض نوع من الوكالة بينهم فى مقاضاة الدائن لهم . ومن ثم يكون حكم المادة ١١٠ ساريا فيما بين المدينين المتضامنين بعضهم وبعض وفيما بين الكفلاء المتضامنين بعضهم وبعض ، لا فيما بين المدين وكفيله المتضامن معه(٢٢٩) .

٨٩ — **حكم الكفالة العينية** — تقدم أن الكفالة العينية هى التى يقصر فيها الكفيل التزامه ويحدد نفاذه فى مال معين من أمواله يخصصه لوفاء الدين المكفول وينشىء عليه رهنا لمصلحة الدائن (أنظر النبذة الأولى ص ١) . فالكفالة العينية تختلف عن الكفالة الشخصية فى أنها لا تنشىء التزاما شخصيا فى ذمة الكفيل ولا تخول الدائن حقا شخصيا يكون له ضمان عام على جميع أموال الكفيل ، بل تخوله حقا عينيا تبعيا على مال معين من أموال الكفيل يصبح مخصصا لوفاء الدين المكفول

= بتاريخ ١٥ نوفمبر ١٩٤٤ ان للضامن سواء كان ضامنا بسيطا او ضامنا متضامنا ان يتمسك بسقوط الدين بالتقادم ولو تنازل المدين عن ذلك ؛ وذلك لأن هذا الدفع لا يعتبر دفعا متعلقا بشخص المدين بل هو متعلق بذات الدين (المجموعة الرسمية ٤٦ — ٢٦٠ — ١٣٦) .

(٢٢٩) نقض مدنى ١٧ يناير ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٤٧ — ٢٧٧ — ١٥٥ ومجموعة القواعد القانونية ٥ — ٣٨٤ — ٥٠ .

فلا يكون الكفيل ملتزما بالدين المكفول الا من حيث أن مصلحته تقتضيه تخليص ماله المرهون فى هذا الدين •

وفيما عدا ذلك يكون مركز الكفيل العينى كمركز الكفيل الشخصى من حيث اعتبار التزامه هذا تابعا لالتزام المدين الأصلى ومن حيث حقه فى التمسك بالدفوع التى تجوز لذلك المدين وحقه فى الرجوع على المدين بما يوفيه الى الدائن •

غير أنه يترتب على انشائه رهنا لمصلحة الدائن على مال معين من أمواله وعلى أنه لا ينشأ فى ذمته التزام شخصى ازاء الدائن ثلاث نتائج مهمة :

(الأولى) أنه لا يجوز التنفيذ على شىء من أمواله الا ما رهنه وفاء للدين المكفول • وقد ورد النص على ذلك فى صدر المادة ١٠٥٠ مدنى • فاذا رهن الكفيل العينى عقارا معينا وفاء للدين المكفول فلا يجوز للدائن أن ينفذ على شىء من أموال الكفيل غير هذا العقار(٢٣٠) •

و (الثانية) أنه لا يكون لاكفيل العينى حق الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك • وقد نص على ذلك عجز المادة ١٠٥٠ مدنى • وتعليله أنه ما دام الكفيل قد رهن مالا معينا للوفاء بالدين ، فقد أعطى الدائن سلطة التنفيذ على هذا المال قبل غيره من الأموال • فيجوز للدائن بناء على ذلك أن يبدأ التنفيذ على هذا المال ولو كان فى مال المدين عين أخرى مرهونة فى الدين ذاته • وللدائن أن يبدأ التنفيذ على أى من العينين المرهونتين • أما اذا اشترط الكفيل العينى عدم التنفيذ على

---

(٢٣٠) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ان النص احتاط فلم يقل ان التنفيذ لا يجوز الا على ما رهن الكفيل بل قال ان التنفيذ لا يجوز على مال الكفيل الا ما رهن ، حتى لا ينفى جواز التنفيذ على مال المدين بما للدائن من ضمان عام (انظر مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٧ ص ٦٢) .

ما رهنه من ماله قبل التنفيذ على أموال المدين المرهونة فى الدين ذاته أو حتى على أمواله غير المرهونة ثبت له حق التجريد فى حدود ذلك الاتفاق •

و (الثالثة) أن الكفيل العينى ، لأن ذمته خالية من كل التزام شخصى بالدين المكفول ، يكون حكمه — اذا كان ما رهنه وفاء لذلك الدين عقارا — حكم حائز العقار المرهون ، فيجوز له تخلية ذلك العقار ليتفادى اجراءات نزع الملكية المتخذة فى مواجهته ويكون ذلك وفقا للأوضاع وطبقا للاحكام التى يتبعها الحائز فى تخلية العقار (المادة ١٠٥١ مدنى) •

٩٠ — **كفيل الكفيل** — كفيل الكفيل هو شخص يلزم بوفاء التزام الكفيل اذا لم يقم هذا بالوفاء ، ويقال له المصدق certificateur وتعتبر كفالته كفالة فى الصف الثانى ، أى أنه ليس كفيلا للمدين بل كفيلا لمن كفل المدين • فيعتبر الكفيل الأول فى علاقته بكفيله فى مثل مركز المدين الأصلى بالنسبة الى كفيله •

ويعتبر التزام كفيل الكفيل التزاما تابعا لالتزام الكفيل الذى يعتبر تابعا لالتزام المدين • وبناء على ذلك يجوز لكفيل الكفيل أن يتمسك — فوق تمسكه بما له من الدفوع المتعلقة بعقد الكفالة الثانية أو المترتبة عليه — بجميع الدفوع التى يجوز للكفيل الأصلى التمسك بها بما فى ذلك الدفوع الخاصة بشخص المدين •

وقد نصت المادة ٧٩٧ مدنى صراحة على تخويل كفيل الكفيل حق الدفع بعدم جواز مطالبته قبل مطالبة الكفيل وحق طلب تجريد أموال الكفيل قبل التنفيذ على أمواله هو حيث قررت أنه « تجوز كفالة الكفيل ، وفى هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل الا اذا كان كفيل الكفيل متضامنا مع الكفيل » • والمقصود بالرجوع فى هذا النص رفع دعوى المطالبة واتخاذ اجراءات التنفيذ •

ويجوز لكفيل الكفيل فوق ذلك أن يطلب تجريد المدين • ولا يؤثر

فى حقه هذا أن يكون الكفيل قد نزل عن حقه فى تجريد المدين (أنظر نبذة ٧٦) ، ولا أن يكون الكفيل متضامنا مع المدين ما دام كفيل الكفيل غير متضامن لا مع الكفيل ولا مع المدين (أنظر نبذة ٧٧) •

ويكون لكفيل الكفيل اذا ما وفى الدين حق الرجوع بما وفاه recours على الكفيل أو على المدين أو عليهما معا • وقد حكم بأنه يجوز لكفيل الكفيل اذا ما رفعت عليه الدعوى من الدائن أن يدخل فيها الكفيل الأول — وذلك طبعا اذا لم يكن له أن يدفع هذه الدعوى بعدم قبولها لعدم جواز مطالبته قبل مطالبة الكفيل — ليحكم عليه بأن يرد لكفيل الكفيل ما عسى أن يحكم به على هذا الأخير • ويكون الحكم الملزم للكفيل معلقا على وفاء كفيل الكفيل بما حكم عليه به(٢٣١) •

المطلب الثانى

فى تعدد الكفلاء وحق التقسيم

٩١ — أحوال تعدد الكفلاء — اذا تعدد كفلاء الدين الواحد ، فاما أن يكون المدين شخصا واحدا أو عدة أشخاص • وفى الحالة الأولى اما أن يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم أو مع المدين واما أن يكونوا غير متضامنين أصلا • فان كانت الأخيرة فاما أن يكونوا التزموا جميعا بالكفالة فى عقد واحد ، واما أن يكونوا التزموا بها فى عقود متوالية •

أما اذا تعدد كفلاء الدين الواحد وتعدد أيضا المدينون فى هذا الدين . فقد يكون كل واحد من الكفلاء كفل جميع المدينين ؛ وقد يكون كل واحد منهم كفل بعض المدينين دون البعض الآخر •

---

(٢٣١) استئناف مختلط ٥ يونيه ١٩٣٤ (٤٦ ص ٣١٤) •

وتعتبر أبسط حالات تعدد الكفلاء هى الحالة التى يتعدد فيها كفلاء الدين الواحد المستحق فى ذمة مدين واحد دون تضامن فيما بينهم ولا مع المدين اذا التزموا بالكفالة بعقد واحد • فنتناول أولا حكم هذه الحالة البسيطة ثم نعرض بعد ذلك فى ايجاز للحالات الأخرى •

١ — تعدد الكفلاء البسيط

٩٢ — تطبيق القواعد العامة وتقسيم الدين بين الكفلاء — فى هذه الصورة البسيطة من تعدد الكفلاء يتعين وفقا للقواعد العامة اعتبار كل منهم ملتزما من وقت الكفالة بقدر نصيبه فقط فى الدين أى أن الدين ينقسم فيما بينهم بقوة القانون من وقت الكفالة فلا تجوز مطالبة أى منهم بأكثر من نصيبه ويجوز لكل منهم أن يجبر الدائن على أن يقبل منه وفاء جزئيا بقدر هذا النصيب ما دام الدائن لم يشترط التضامن بين الكفلاء ولا عدم تجزئة الدين •

٩٣ — تطبيق القانون المصرى القواعد العامة فى هذه الحالة من تعدد الكفلاء — تنص المادة ٧٩٢ فقرة أولى مدنى على أنه « اذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم ، قسم الدين عليهم ، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل الا بقدر نصيبه فى الكفالة » •

(وكانت تقابلها فى التقنين الملغى المادة ٥٠٤ فقرة أولى/٦١٥) •

وظاهر أن هذا النص يعتبر تطبيقا للقواعد العامة السابق الاشارة اليها ، حيث انه يقضى فى هذه الحالة بانقسام الدين بين الكفلاء من وقت الكفالة وبقدر نصيب كل منهم فيها • ويترتب على ذلك جواز وفاء كل منهم بنصيبه فقط وعدم جواز مطالبة أى منهم بأكثر من نصيبه(٢٣٢) •

---

(٢٣٢) واذا كان بعض الكفلاء قد اعتبر وقت توجيه المطالبة من =

ويفرض فى الأنصبة أنها متساوية وتتعين بقسمة الدين على عدد الكفلاء كلهم ما لم تحدد الكفالة أنصبة متفاوتة • ولا عبرة فى تحديد أنصبتهم بما يطرأ على بعضهم من اعسار بعد عقد الكفالة . فان الدائن هو الذى يتحمل نتيجة ذلك •

غير أنه اذا اجتمع كفيل شخصى وكفيل عينى ، انقسم الدين بينهما باعتبار الكفيل الشخصى ملتزما بكل الدين والكفيل العينى ملتزما فى حدود قيمة المال الذى خصصه للوفاء • فان كانت هذه القيمة معادلة الدين أو مجاوزة اياه اعتبر الكفيل العينى ملتزما بكل الدين وانقسم الدين بينه وبين الكفيل الشخصى مناصفة ، أما ان كانت قيمة المال الذى رهنه الكفيل العينى أقل من قيمة الدين انقسم الدين بينهما بنسبة هذه القيمة الى مجموع قيمة التزاميهما ، أى أنه اذا كان الدين ثلاثة آلاف وقيمة المال المرهون نصف هذا المبلغ كان الكفيل الشخصى ضامنا ثلاثة الآلاف كلها والكفيل العينى ألفا وخمسمائة فينقسم الدين بينهما أثلاثا أى أن الكفيل الشخصى يكون ملزما بألفين والكفيل العينى بألف فقط •

واذا طالب الدائن أحد الكفلاء بكل الدين كانت دعواه غير مقبولة بحالتها وجاز لهذا الكفيل أن يتمسك بحقه فى طلب التقسيم ليجبر الدائن على قصر مطالبته على نصيبه من الدين المكفول دون غيره • ويجوز للكفيل أن يتمسك بهذا الدفع فى اية حال تكون عليها الدعوى ما دام لم يصدر منه نزول عنه •

غير أنه يجب أن لا يغيب عن البال أن هذا الحكم لا ينطبق الا فى

= الدائن الى أحد الكفلاء ، فان الدين ينقسم بين الكفلاء الذين لم يعسروا ، فيتحمل هؤلاء نصيب الكفيل الذى اعسر . ولكن متى تم التقسيم ، فلا يتحمل الكفلاء الذين انقسم بينهم الدين اية زيادة فى نصيبه بسبب اعسار لاحق بصيب أحد الكفلاء الاخرين الذين انقسم بينهم الدين (تيرى المرجع السابق ص ٨٨ نبذة ٦٤) .

حالة تعدد الكفلاء البسيط ، وهى كما تقدم تفترض توافر الشروط الآتية :

(١) أن يكون ثمة عدة كفلاء لدين واحد فى ذمة مدين واحد • فلا محل للتقسيم بين الكفيل والمدين بالرغم من تعدد الملتزمين بالدين لأن المدين يختلف عن الكفيل ولأنه يشترط فى التقسيم تعدد الكفلاء لا تعدد الملتزمين •

ولا محل كذلك للتقسيم بين الكفيل وكفيل الكفيل لأنهما لم يكفلا دينا واحدا اذ أن محل التزام الكفيل ضمان الوفاء بالتزام المدين ومحل التزام كفيل الكفيل ضمان الوفاء بالتزام الكفيل •

ولا محل أيضا للتقسيم ولو تعدد كفلاء الدين الواحد اذا تعدد المدينون وكانوا متضامنين وكفل كلا أحد الكفلاء ، اذ لا يوجد ما يبرر التقسيم بين كفلاء مدينين مختلفين فيعتبر كل منهم ملزما بوفاء ما التزم به المدين الذى كفله ، أى كل الدين •

(٢) ألا يكون كل هؤلاء الكفلاء قد التزموا بعقد واحد • وحكمة هذا الشرط أن كلا من الكفلاء الذين كفلوا المدين بعقد واحد يعلم اشتراك الآخرين فى الكفالة ويكون قد اعتمد على هذا الاشتراك وبالتالى قصد أن يقصر التزامه على نصيبه فى الكفالة بحسب عدد المشتركين فيها • أما اذا تعدد الكفلاء بعقود متوالية فيفرض فى كل منهم أنه لم يعتمد على كفالة أحد غيره وأنه ضمن وحده كل الدين فيلزم بالكل ما لم يكن قد تحفظ فى الكفالة واشترط التقسيم اذا تعدد الكفلاء •

(٣) ألا يكون هؤلاء الكفلاء قد نزلوا عن حقهم فى انقسام الدين عليهم ، سواء كان نزولهم عنه صريحا أو ضمنيا • ذلك أن انقسام الدين مقرر لمصلحة الكفلاء دون غيرهم وهو غير متعلق بالنظام العام فيجوز لهم أن ينزلوا عنه ، وانما لا يؤخذ نزولهم بالظن بل يجب أن

يكون واضحا اما من طريق العبارة الصريحة واما من اتخاذ مسلك لا يدع فى الظروف التى حصل فيها مجالا للشك فى دلالته .

ويعتبر من قبيل النزول عن حق التقسيم سكوت الكفيل عن التمسك به الى أن يحكم عليه بكل الدين ، وكذلك قبول الكفيل الالتزام بالتضامن مع المدين لأن تضامنه مع المدين يفيد التزامه وحده بكل الدين(٢٣٣) ، وكذلك أيضا تضامن الكفلاء فيما بينهم ولو لم يكونوا متضامنين مع المدين لأن تضامنهم فيما بينهم يجعل كلا منهم مسئولا عن كل الدين ويحرمه من حق التقسيم .

٩٤ — خروج القانون الفرنسى على القواعد العامة فى هذه الحالة — خرج القانون الفرنسى على القواعد العامة فى هذه الحالة بأن نص فى المادة ٢٠٢٦ منه على أنه اذا التزم عدة أشخاص بصفة كفلاء لمدين واحد بدين واحد ، فانهم يكونون ملزمين كل منهم بجميع الدين ، ولكنه أردف ذلك بأن نص فى المادة ٢٠٢٦ على أن لكل من الكفلاء الحق فى طلب التقسيم عند مطالبته بكل الدين ما لم يكن متضامنا مع غيره من الكفلاء أو متنازلا عن طلب التقسيم .

ويخلص من ذلك أن المشرع الفرنسى خلافا للمشرع المصرى يعتبر الأصل فى هذه الحالة الزام كل من الكفلاء بجميع الدين ، وأنه يمنح الكفيل رخصة خاصة يستعملها عند مطالبته بكل الدين تجيز له طلب

---

(٢٣٣) ويلاحظ ان نص المادة ٦١٥/٥٠٤ مدنى قديم كان يكتفى بتعدد الكفلاء بغير شرط التضامن دون تخصيص من التقنين ، كان التضامن المقصود اهو التضامن مع المدين او تضامن الكفلاء فيما بينهم ، وان المادة ٧٩٢ فقرة اولى مدنى جديد اشترطت فقط ان يكون الكفلاء غير متضامنين فيما بينهم . ولكن لا شك عندنا فى ان تضامن الكفيل مع المدين يجعله ملتزما وحده دون سائر الكفلاء بكل الدين ويفيد تنازله عن انقسام الدين بين الكفلاء (قرب فى هذا المعنى جرانمولان نبذة ٤٩ ، بيدان وفواران نبذة ١١٩) .

التقسيم • فلا يجوز للكفيل هذا الطلب قبل رفع الدعوى عليه بكل الدين وليس له أن يجبر الدائن قبل المطالبة على أن يقبل منه نصيبه فى الدين •

ولكن متى رفعت عليه الدعوى ، جاز له ابداء طلب التقسيم فى أية حالة كانت عليها الدعوى لأن هذا الطلب يعتبر دفعا قطعيا exception péremptoire وليس كحق التجريد عندهم دفعا تأجيليا exception dilatoire

ولا يكون التقسيم الا بين الكفلاء الموسرين وقت الحكم بالتقسيم ، فيتحمل هؤلاء نصيب من يكون قد أعسر من الكفلاء ، ولا يضار الدائن باعسار أحد الكفلاء ولا بتمسك أحد الموسرين بحق التقسيم(٢٣٤) •

ولا يعتبر الكفيل معسرا اذا كان له مصدق موسر •

واذا طرأ اعسار أحد الكفلاء بعد الحكم بالتقسيم ، فالدائن هو الذى يتحمل نتيجة هذا الاعسار ولا يرجع بشىء على الكفلاء الآخرين (المادة ٢٠٢٦ فقرة ثانية) •

٩٥ — موازنة بين القانونين المصرى والفرنسى فى هذه المسألة — يبين مما تقدم أن القانون المصرى يطبق القواعد العامة على هذه المسألة وأن القانون الفرنسى يخرج فى شأنها على تلك القواعد بتقريره مبدأ التزام كل من الكفلاء بجميع الدين •

ويتفرع على ذلك ما يأتى :

(١) ان التقسيم يقع فى القانون المصرى بقوة القانون من وقت الكفالة دون طلب من الكفيل ومن قبل اتخاذ الدائن اجراءات المطالبة • أما فى القانون الفرنسى فالأصل عدم التقسيم ولا يقع التقسيم الا بحكم

---

(٢٣٤) مارتى ورينو ١٩٨٧ نبذة ٥٩٨ ص ٢٩٩ .

من المحكمة بناء على طلب من أحد الكفلاء يتقدم به بعد مطالبة الدائن اياه بكل الدين •

(٢) ان كلا من الكفلاء فى القانون المصرى يستطيع من قبل توجيه المطالبة اليه أن يجبر الدائن على أن يقبل منه نصيبه فى الدين • أما فى القانون الفرنسى فليس للكفيل ذلك الا بعد أن يحكم له بالتقسيم •

(٣) ان الدين المكفول ينقسم فى القانون المصرى من وقت الكفالة بين جميع الكفلاء ولا يسأل بعضهم عما يطرأ على البعض الآخر من اعسار بعد ذلك لأن عقد الكفالة يحدد نصيب كل منهم بصفة نهائية فيتحمل الدائن نتيجة الاعسار الذى يطرأ على بعض الكفلاء • أما فى القانون الفرنسى فلا ينقسم الدين المكفول من وقت الكفالة بل من وقت الحكم بالتقسيم فقط ، وينقسم الدين على الكفلاء الموسرين فى هذا الوقت فيتحمل كل منهم نصيبه فى حصة من أعسر قبل ذلك ولا يضار الدائن بهذا الاعسار ، وانما يضار بالاعسار الذى يطرأ بعد الحكم بالتقسيم لأنه يجب عليه أن يبادر بالتنفيذ على الكفلاء الموسرين وقت التقسيم قبل أن يعسروا • فاذا قصر فلا يلومن الا نفسه ولا يرجعن بشىء على سائر الكفلاء ما دام كل منهم قد وفى نصيبه من الدين •

٢ — الأحوال الأخرى فى تعدد الكفلاء

٩٦ — (أ) تعدد كفلاء الدين الواحد فى ذمة مدين واحد —

فيما عدا حالة تعدد الكفلاء البسيط التى قرر المشرع بشأنها فى المادة ٧٩٢ فقرة أولى مدنى قاعدة انقسام الدين بين جميع الكفلاء ، وهى حالة كفلاء الدين الواحد فى ذمة مدين واحد بعقد واحد ودون تضامن فيما بينهم أو فيما بين كل منهم والمدين ، توجد على الأقل حالتان أخريان يتعدد فيهما كفلاء الدين الواحد فى ذمة مدين واحد ، هما :

(١) حالة تعدد الكفلاء بعقد واحد مع التضامن فيما بينهم أو فيما بين كل منهم والمدين ، (٢) وحالة تعدد الكفلاء بعقود متوالية •

٩٧ — (١) حالة تضامن الكفلاء — اذا تعدد كفلاء الدين الواحد فى ذمة مدين واحد والتزموا بالتضامن فيما بينهم ، فلا ينقسم الدين بينهم ، بل يجوز للدائن أن يطالب كلا منهم بكل الدين لأن التزام كل منهم بالتضامن مع الآخرين يتضمن النزول عن حق تقسيم الدين •

وكذلك اذا لم يلتزم الكفلاء بالتضامن فيما بينهم ، ولكن التزم كل منهم بالتضامن مع المدين ، لأن تضامن أحد الكفلاء مع المدين يفيد نزوله عن انقسام الدين واستعداده لأن يفى وحده بكل الدين اذا ما طولب به • فاذا كان بعض الكفلاء متضامنين مع المدين والبعض الآخر غير متضامنين ، كان التقسيم من حق هؤلاء دون أولئك • وتحسب حصة كل من الكفلاء الذين ينقسم الدين بينهم بقسمة الدين على عدد الكفلاء جميعا بما فيهم المتضامنين مع المدين لأن تضامن أحد الكفلاء يجب ألا يضر بالباقين •

٩٨ — (٢) حالة تعدد الكفلاء دون تضامن ولكن بعقود متوالية — فى التقنين الملغى كانت المادة ٥٠٤/٦١٥و٦١٦ التى قررت فى فقرتها الأولى مبدأ انقسام الدين بين الكفلاء الذين التزموا بعقد واحد وبغير شرط التضامن تنص فى فقرتها الثانية على أنه « ••• اذا كانت الكفالة حاصلة بعدة عقود متوالية ، فهذا لا يدل على تضامن الكفلاء ولكن قد يتضح التضامن من قرائن الأحوال(٢٣٥) •

وكان غرض المشرع من هذا النص أن يقرر أنه لا يجوز أن يستنبط

---

(٢٣٥)

بطريق مفهوم المخالفة من النص السابق (أى من المادة ٥٠٤ فقرة أولى /٦٦٥) أنه اذا تعدد الكفلاء بعقود متوالية امتنع التقسيم بينهم حتما • فقرر المشرع فى المادة ٥٠٤ فقرة ثانية /٦١٦ أنه اذا تعدد الكفلاء بعقود متوالية ، فان ذلك لا يعتبر قرينة قانونية على تضامنهم ولكن يجــوز للقاضى أن يتخذ منه قرينة قضائية على ذلك تبعا لظروف الحال • ولم يقصد المشرع بالتضامن الذى ذكره فى هذا النص حقيقة معناه الفنى لأنه لم يكن فى صدد تقرير أحوال التضامن وانما قصد به المعنى المنــاقض لانقسام الدين الذى قرره فى النص السابق ، أى أنه قصد بالتضامن فى حكم هذا النص مجرد عدم انقسام الدين والتزام كل واحد من الكفلاء الذين تتابعوا فى تقديم كفالتهم بكل الدين دون أن يكون لأى منهم طلب التقسيم(٢٣٦) •

وقد نصت المادة ٧٩٢ فقرة ثانية مــدنى على أنه « ••• اذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية . فان كل واحد منهم يكون مسئولا عن الدين كله ، الا اذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم » • وظاهر من هذا النص (أولا) أنه قد استبدل بعبارة التضامن التى كان النص القديم يستعملها قوله « ان كل واحد منهم يكون مســئولا عن الدين كله » ، ولا شك فى أن التعبير الجديد أكثر مطابقة لقصد المشرع ، و (ثانيــا) أنه لم يكتف بالقرينة القضائية التى كانت متروكة لتقدير القاضى بــل أنشأ من التزام الكفلاء بعقود متوالية قرينة قانونية على أن كل واحــد

---

(٢٣٦) فى هذا المعنى جرانمولان نبذة ٤٩ ، ومما لا شك فيه ان الالتزام المشترك بكل الدين l'obligation au tout وهو يسمى ايضا التضامن الناقص solidarité imparfaite يختلف عن التضــامن الحقيقى أو التضامن التام solidarité parfaite فى انه لا يترتب عليه ما يترتب على الاخير من آثار مبنية على فكرة النيــابة التبادلية بين المتضامنين (انظر رسالتنا فى نظرية دفع المسئولية المدنيــة ١٩٣٦ ص ٢٩ وما بعدها ، وكتابنا الوافى جـ ٢ المجلد الرابع فى احكام الالتزام سنة ١٩٩١ نبذة ٢٩٥ ص ٦١٢ وما بعدها) •

منهم جعل نفسه مسئولا عن الدين كله ، ولكنها قرينة قابلة لاثبات العكس اذ يجوز لكل من الكفلاء أن يثبت أنه قصد أن يتعاون فى ضمان الدين مع سائر الكفلاء وأن يقصر التزامه على نصيبه بينهم . وهذا ما قصده المشرع بقوله « الا اذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم » .

ومع أن الأصل فى اثبات عكس القرائن القانونية أن يجوز بكافة الطرق بما فيها البينة والقرائن(٢٣٧) ، فان اثبات عكس هذه القرينة بالذات لا يكون الا بالكتابة أو بما يقوم مقامها ، وذلك لأن محل هذا الاثبات ارادة ذات أثر قانونى أو بعبارة أخرى عمل قانونى ، ولأن هذا العمل القانونى من شأنه لو ثبت أن يعدل من آثار عقد الكفالة وهى عمل قانونى يجب وفقا للقانون الحالى ثبوته بالكتابة ، فلا يجوز اثبات تعديله الا بالكتابة أيضا أو بما يقوم مقامها .

٩٩ — (ب) تعدد كفلاء الدين الواحد فى ذمة عدة مدينين — أما اذا تعدد كفلاء الدين الواحد وتعدد أيضا المدينون بهذا الدين ، فاما أن يكون هؤلاء المدينون متضامنين أو غير متضامنين . وفى كلتا الحالين اما أن يكفل جميع الكفلاء جميع المدينين بالتضامن فيما بينهم أو دون تضامن ، واما أن يكفل كل واحد من الكفلاء بعض المدينين دون البعض الآخر .

فاذا كان المدينون غير متضامنين وكفلهم جميعا كل الكفلاء دون تضامن بينهم ، فان كانت كفالة الجميع بعقد واحد ، انقسم الدين بين الكفلاء كل منهم بقدر نصيبه ، وان كانت كفالتهم بعقود متوالية فلا حق لأحدهم فى تقسيم الدين الا اذا كان قد احتفظ لنفسه بهذا الحق . ولا حق لهم فى التقسيم كذلك اذا التزموا بالتضامن فيما بينهم .

---

(٢٣٧) راجع كتابنا الوافى جـ ٥ فى اصول الاثبات واجراءاته ١٩٩٠ جـ٢ ص نبذة ١٦٤ ، وموجز اصول الاثبات سنة ١٩٥٧ ص ٩٢ نبذة ١٦٤ .

واذا كان المدينون غير متضامنين وكفل كل واحد من الكفلاء بعض المدينين دون البعض الآخر ، انقسم الدين أولا بين المدينين ، وتعددت الديون بقدر عدد المدينين ، وألزم كفيل كل مدين بنصيب هذا المدين فقط • فاذا تعدد كفلاء المدين الواحد ، طبقت عليهم القواعد التى تقـدمت فى شأن تعدد كفلاء الدين الواحد فى ذمة مدين واحد •

أما اذا كان المدينون متضامنين وكفلهم جميعا كل الكفلاء متضامنين فيما بينهم ، فلا حق لهم فى التقسيم • وان لم يكونوا متضامنين فيمـا بينهم ، فان كانت كفالتهم بعقد واحد انقسم الدين بينهم ، وان كانت كفالتهم بعقود متوالية ، فلا حق لأحد منهم فى التقسيم ، الا اذا كان قد احتفظ لنفسه بذلك •

أما اذا كان المدينون متضامنين وكفـل كل واحد من الكفلاء بعض المدينين دون البعض ، فلا يكون ثمة تقسيم الا بين كفلاء المدين الواحد غير المتضامنين فيما بينهم • فاذا كان المدينون المتضامنون اثنين مدينين بألف جنيه وكفل أولهما كفيل واحد وكفل الثانى اثنان من الكفـلاء دون تضامن ، التزم الكفيل الأول بالألف كلها والتزم كل من الكفيلين الآخرين بخمسمائة اذا كانت كفالتهما بعقد واحد ، والا التزم كل منهما أيضـا بالألف كلها ما لم يكن قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم •

موجز حالات الكفلاء مع تعددهم وتعدد المدينين والتضامن بينهم وبين المدينين أو عدمه

١ — اذا كان المدين واحدا

- (ا) كفلاء متضامنون فيما بينهم : لا تقسيم (نبذة ٩٧)
- (ب) كفلاء متضامنون مع المدين : لا تقسيم (نبذة ٩٧)
- (جـ) كفلاء بعضهم متضامن مع المدين والبعض الاخر غير متضامن
  - لغير المتضامنين حق التقسيم على عدد جميع الكفلاء وليس للمتضامنين ذلك (نبذة ٩٧) .
- (د) كفلاء غير متضامنين اصلا
  - (١) كفالتهم بعقد واحد : تطبق القواعد العامة وينقسم الدين بينهم جميعا ويتحمل الدائن نصيب من يعسر منهم ، وذلك فى القانون المصرى (نبذة ٩٣) خلافا للقانون الفرنسى (نبذة ٩٤) .
  - (٢) كفالتهم بعقود متوالية : لا تقسيم الا لمن احتفظ لنفسه بحقه فى ذلك (نبذة ٩٨)

٢ — اذا تعدد المدينون وكانوا متضامنين

- (ا) جميع الكفلاء ضمنوا جميع المدينين
  - (١) بالتضامن : لا تقسيم (نبذة ٩٩)
  - (٢) دون تضامن
    - .) بعقد واحد : تقسيم (نبذة ٩٩)
    - ..) بعقود متوالية : لا تقسيم الا لمن احتفظ بحقه فى ذلك (نبذة ٩٩)
- (ب) كل كفيل ضمن بعض المدينين دون الاخرين
  - لا تقسيم الا فيما بين كفلاء المدين الواحد غير المتضامنين فيما بينهم (نبذة ٩٩)

٣ — اذا تعدد المدينون وكانوا غير متضامنين

- (ا) جميع الكفلاء ضمنوا جميع المدينين
  - (١) بالتضامن : لا تقسيم (نبذة ٩٩)
  - (٢) دون تضامن
    - .) بعقد واحد : تقسيم (نبذة ٩٩)
    - ..) بعقود متوالية : لا تقسيم الا لمن احتفظ بحقه فى ذلك (نبذة ٩٩)
- (ب) كل كفيل ضمن بعض المدينين دون الاخرين
  - ينقسم الدين أولا بين المدينين (نبذة ٩٩) ويلزم كفيل كل مدين بنصيب هذا المدين واذا تعدد كفلاء المدين الواحد طبقت عليهم قواعد تعدد كفلاء الدين الواحد الملتزم به مدين واحد (وهى الحالة ١ أعلاه)

الفصل الثانى

آثار الكفالة المترتبة على وفاء الكفيل دين الدائن

١٠٠ — حق الكفيل الموفى فى الرجوع على المدين وعلى الكفلاء اذا وفى الكفيل الدين المكفول ثبت له حق الرجوع بما وفاه على المدين(٢٣٨) ، وهذا هو أثر وفاء الكفيل دين الدائن فى العلاقة بينه وبين المدين . واذا كان للدين الذى وفاه الكفيل كفيل آخر أو أكثر ثبت للكفيل الموفى حق الرجوع على الكفلاء الآخرين ، وهذا هو أثر وفاء الكفيل دين الدائن فى العلاقة بينه وبين غيره من الكفلاء .

وسنتناول كلا من هذين الأثرين فى مبحث مستقل .

المبحث الأول

أثر وفاء الكفيل

فى العلاقة ما بينه وبين المدين

١٠١ — الدعاوى التى يرجع بها الكفيل على المدين — متى وفى الكفيل الدين المكفول للدائن ، فانه يكون قد وفى بالتزامه الناشىء من

---

(٢٣٨) وفى القانون الفرنسى نصت المادتان ٢٠٣٤ و ٢٠٣٩ على بعض حالات استثنائية يجوز فيها للكفيل مطالبة المدين بالدين المكفول من قبل أن يفيه هو للدائن (انظر فى هذا الشأن تيرى ، فى التأمينات والشهر العقارى باريس ١٩٨٨ ص ٩٧ نبذة ٧٥ ، مارتى وربنو فى التأمينات ط ٢ سنة ١٩٨٧ نبذة ٦٠٠ ص ٤٠٠) .

الكفالة ، ولكن التزامه هذا انما هو التزام بوفـــاء دين المدين ، أى أن الكفيل يكون قد وفى بالتزامه الناشىء من الكفالة وبدين المدين أيضا •

غير أن التزام الكفيل التزام لا يقوم الا فى علاقته بالدائن . وهو التزام تابع واحتياطى لم يقصد به الا ضمان تحصيل الدائن حقـــه من الكفيل اذا لم يحصله من المدين ، فيكون الواقع من الأمر أن الكفيل اذا وفى الدين فانما يوفى دينا على غيره ولو أنه ملزم بذلك غير مخير ، فيكون له الرجوع على المدين بما وفاه عنه ، وبفوائده القانونية ، بل بتعويض الضرر الذى سببه له الوفاء بالدين الذى الزم بوفائه بسبب عدم وفاء المدين اياه • وهكذا يلزم الكفيل بأكثر مما كان المدين ملزما به(٢٣٩) •

وقد نصت المادة ٣٢٤ مدنى على أنه « اذا قام الغير بوفاء الدين ، كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه • ومع ذلك يجوز للمدين الذى حصل الوفاء بغير ارادته أن يمنع رجوع الموفى بما وفاه عنـــه كلا أو بعضا ، اذا أثبت أن له أية مصلحة فى الاعتراض على الوفاء » • وهذا النص يقرر قاعدة عامة مقتضاها أن موفى دين غيره بارادة ذلك الغيـــر يـــكون له الرجوع بقدر ما دفع • فاذا كان الوفـــاء بغير ارادة المدين لم يكن للموفى الا الرجوع بأقل القيمتين ، كما فى دعـــوى الاثراء دون سبب : قيمة ما دفعه هو ، أو قيمة ما أفاده المدين من هذا الوفاء الذى حصل دون ارادته(٢٤٠) •

وقد نصت المادة ٣٢٦ مدنى على قاعدة عامة أخرى مؤداها أنه اذا

---

(٢٣٩) انظر تيرى فى المرجع المذكور آنفا سنة ١٩٨٨ ص ٩٠ نبذة ٦٨ .

(٢٤٠) انظر فى هذا المعنى تيرى ، السالف ذكره ، سنة ١٩٨٨ ص ٩٢ نبذة ٧٠ ، وكذلك يمتنع على الكفيل الرجوع اذا ثبت انه كان متبرعا بالكفالة (المرجع والموضع السابقين) .

كان الموفى ملزما بالدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه ، حل قانونا محل الدائن الذى وفاه فى حقوقه قبل المدين •

على أن هذه القاعدة لا تجب القاعدة السابقة بل تضاف اليها ، أى أنه اذا كان موفى دين غيره ليس ملزما بوفائه ثبتت له الدعوى الشخصية المبينة أحكامها فى المادة ٣٢٤ • فاذا كان ملزما بالوفاء ثبت له فـــوق ذلك حق الحلول محل الدائن (المادة ٣٢٦) •

وقد طبق المشرع فى الكفالة حكم المادة ٣٢٦ حيث نص فى المــادة ٧٩٩ مدنى على حق الكفيل الذى وفى الدين فى الحلول محــل الدائن فى جميع الأحوال ، ولكنه فيما يتعلق بالدعوى الشخصية لم يكتف بمجــرد تطبيق المادة ٣٢٤ بل نص فى المادة ٨٠٠ على منح الكفيل فى أكثر الأحوال دعوى شخصية مختلفة عن الدعوى المنصوص عليها فى المــادة ٣٢٤ فى شروطها وأحكامها •

وبناء على ذلك فالكفيل الذى وفى الدين يكون له فى جميع الأحوال دعوى الحلول ، ويكون له فوق ذلك دعوى شخصية مستندة الى الكفالة وهى التى بينت أحكامها المادة ٨٠٠ مدنى اذا توافرت فيـــه شروطها ، والا فالدعوى الشخصية المستندة الى القواعد العامة والمنصوص عليها فى المادة ٣٢٤ •

والفصل فى حق الكفيل فى الرجوع على المدين بما أوفاه عنه يعتبر قضاء قطعيا فى أصل الحق المتنازع عليه يجوز الطعن فيه على استقلال وفقا للمادة ٣٧٨ مرافعات ولو احال الدعوى الى خبير لبيان المبلغ الذى استفاده المدين المكفول مما أداه عنه الكفيل(٢٤١) •

---

(٢٤١) نقض مدنى ٦ فبراير ١٩٥٨ مجموعة احكام النقض ٩ — ١٢٠ — ١٢ •

١٠٢ — ملاحظة على ترتيب نصوص التقنين الحالي — خصص التقنين الحالي الفرع الثاني من الفصل الثاني الخاص بآثار الكفالة للقواعد التي تحكم العلاقة ما بين الكفيل والمدين • وقد تضمن هذا الفرع أربع مواد (المواد ٧٩٨ — ٨٠١) • الأولى منها فرضت على الكفيل واجب اخطار المدين قبل الوفاء وعلى المدين واجب الرد على هذا الاخطار اذا كان سبق أن وفى الدين أو كانت لديه دفوع يدفع بها مطالبة الدائن (المادة ٧٩٨) ، والثانية نصت على حق الكفيل فى الرجوع على المدين بدعوى الحلول (المادة ٧٩٩) ، والثالثة نصت على حقه فى الرجوع بالدعوى الشخصية وعلى أحكام هذه الدعوى (المادة ٨٠٠) ، والرابعة نصت على رجوع الكفيل فى حالة تعدد المدينين فى الدين الذى وفاه الكفيل وتضامنهم فيه (المادة ٨٠١) •

ويلاحظ على ترتيب هذه النصوص أن تصديرها بحكم المادة ٧٩٨ التى توجب على الكفيل اخطار المدين قبل الوفاء ، ثم النص بعد ذلك مباشرة على دعوى الحلول ثم على الدعوى الشخصية ، يفيد أن الاخطار واجب للرجوع على المدين بأى الدعويين ، مع أن المقصود انما هو ايجابه فى الرجوع بالدعوى الشخصية فقط لا فى الرجوع بدعوى الحلول كما سيجىء • ولذلك كان من الأنسب تقديم نص المادة ٨٠٠ على نص المادة ٧٩٩ حتى يتصل الحكم الموجب للاخطار بالدعوى الشخصية وينفصل عن الدعوى العينية ، أما حكم المادة ٨٠١ فلأنه حكم مشترك ينطبق على كلا الدعويين ، فمحله الطبيعى فى نهاية الفرع أى بعد النص على كلتا الدعويين ولم يكن ليؤثر فيه تأخير المادة ٧٩٩ عن المادة ٨٠٠ •

١٠٣ — تقسيم البحث — تختلف أحكام رجوع الكفيل على المدين بحسب ما اذا كان المدين شخصا واحدا أو عدة أشخاص متضامنين أو غير متضامنين • فنخصص فى هذا المبحث مطلبا للحالة البسيطة أى التى يكون فيها المدين واحدا ، وهى التى توضع لها الأحكام العامة ، ثم نتناول فى المطلب الثانى حالة تعدد المدينين فى مختلف صورها •

المطلب الأول

رجوع الكفيل على المدين اذا كان المدين واحدا

١ — الرجوع بالدعوى الشخصية

(أولا) الدعوى الشخصية المستندة الى الكفالة

١٠٤ — نصوص القانون — تنص المـــادة ٨٠٠ مدنى على ما يأتى :

« ١ — للكفيل الذى وفى الدين أن يرجع على المدين ســـواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه •

٢ — ويرجع بأصل الدين والفـــوائد والمصروفات ، على أنه فى المصروفات لا يرجع الا بالذى دفعه من وقت اخبـــاره المدين الاصلى بالاجراءات التى اتخذت ضده •

٣ — ويكون للكفيل الحق فى الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع » •

وتنص المادة ٧٩٨ مدنى على ما يأتى :

« ١ — يجب على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين . والا سقط حقه فى الرجوع على المدين اذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضى ببطلان الدين أو بانقضائه •

٢ — فاذا لم يعارض المدين فى الوفاء ، بقى للكفيل حقه فى الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضى ببطـــلانه أو بانقضائه » •

وهذه النصوص تقرر دعوى الرجوع الشخصية المستندة الى الكفالة وتبين شروطها وأحكامها •

١٠٥ — شروط استعمال هذه الدعوى — ويشترط فى اســـتعمال الكفيل هذه الدعوى أربعة شروط ، هى :

(١) أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين ودون اعتراض منه •

(٢) أن يقوم الكفيل بوفاء الدين •

(٣) ألا يكون قد وقع من الكفيل فى وفاء الدين خطـأ سبب ضررا للمدين •

(٤) أن يكون أجل الدين قد حل •

١٠٦ — الشرط الأول — انعقاد الكفالة لمصلحـــة المدين ودون اعتراض منه — هذا الشرط ليس واضحا فى النصوص المتقدمة ولــكن يمكن استنباطه منها ومن المبادىء العامة • وسيبين لنا أنه هو أســاس تقرير هذه الدعوى الخاصة للكفيل •

فقد تقدم عن أحوال الكفالة أنها اما أن تعقد لمصلحة الدائن وحده وهذا نادر ، وأما أن تعقد لمصلحة المدين والدائن وهذا هو الغـــالب (راجع نبذة ٥) •

وكذلك تقدم أن الأصل فى الكفالة أن تكون بناء على طلب المدين أو على الأقل بعلمه ، ولكنها تجوز بغير علمه ، وتجوز أيضا رغم معارضته (المادة ٧٧٥) •

وقد خولت المادة ٨٠٠ فقرة أولى مدنى الكفيل هذه الدعـــوى الشخصية الخاصة فى حالتين من الثلاث المشار اليها فى المادة ٧٧٥ ، حيث قررت للكفيل الذى وفى الدين حق الرجوع على المدين سواء كانت الكفالة

قد عقدت بعلمه أو بغير علمه ولم تقرر للكفيل هذا الحق اذا كانت الكفالة قد عقدت رغم معارضة المدين • فيخلص من ذلك أنها تشترط فى استعمال الدعوى الخاصة التى قررتها أن تكون الكفالة قد عقدت دون اعتراض من المدين •

وحكمة هذا الشرط أن هذه الدعوى الخاصة المقررة للكفيل والتى تخوله رجوعا أوسع مدى مما تقرره القاعدة العامة المنصوص عليها فى المادة ٣٢٤ للأجنبى الذى يوفى دين غيره قد روعى فيها أن الكفيل شخص تعهد لمصلحة المدين فهو لذلك يستحق رعاية خاصة • وقد اعتبر عدم اعتراض المدين على عقد الكفالة قرينة على أنها عقدت لمصلحته •

غير أن هذه القرينة قابلة لاثبات العكس ، فاذا ثبت أن الكفالة مع عدم اعتراض المدين عليها قد تمحضت لمصلحة الدائن وحده ، كما اذا كفل الكفيل دينا فى ذمة المدين لم يحل أجله وقت الكفالة دون أن يحصل من الدائن على أى مزية جديدة لمصلحة المدين ، فان ذلك يهدم تلك القرينة وينعدم به أحد الشروط اللازمة لاستعمال دعوى الرجوع الخاصة المقررة للكفيل ولو أنه شرط غير ضرورى فى استعمال دعوى الرجوع التى تقررها القواعد العامة •

وبناء على ذلك لا يكون للكفيل أن يرجع بالدعوى الخاصة بالكفالة اذا كانت الكفالة قد عقدت لمصلحة الدائن وحده أو عقدت رغم اعتراض المدين • ولكن ذلك لا يمنع رجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية التى تقررها القواعد العامة أو بدعوى الحلول محل الدائن كما سيجىء •

١٠٧ — الشرط الثانى — حصول الوفاء من الكفيل — اشترطت المادة ٨٠٠ هذا الشرط صراحة اذ نصت على أن « للكفيل الذى وفى الدين أن يرجع على المدين •• » • وليس المقصود بذلك الوفاء بمعناه القانونى فقط بل أيضا كل ما يقوم مقام الوفاء ويترتب عليه براءة ذمة المدين كالمقاصة التى تقع بين الكفيل والدائن ، واتفاقهما على تجديد الدين

يجعل الكفيل مدينا أصليا وابراء المدين(٢٤٢) • وينشأ حق الكفيل فى الرجوع على المدين من وقت وفائه الدين ولا تسرى مدة تقادمه الا من هذا الوقت(٢٤٣) •

فاذا لم يتم الوفاء أو ما يقوم مقامه فى ابراء المدين ازاء الدائن ، فلا يكون للكفيل رجوع على المدين •

وقد تقدم أن التقنين السابق كان يخول الكفيل فى أحوال معينة مطالبة المدين قبل وفائه الدين ، ولكن تلك المطالبة كانت تختلف عن الرجوع الذى يثبت للكفيل بعد الوفاء • ومع ذلك فقد أبطلها التقنين الحالى واستبدل بها الزام الدائن بمطالبة المدين فى الوقت المناسب (راجع نبذة ٤٩) •

١٠٨ ــ الشرط الثالث ــ انعدام الخطأ من جانب الكفيل أو انعدام الضرر فى جانب المدين ــ خشى المشرع أن يدفع الكفيل الدين دون علم المدين فيدفعه هذا مرة ثانية ، أو أن يدفعه المدين أولا دون علم الكفيل فيدفعه هذا مرة أخرى ، ورأى أن يتفادى ذلك بالتزام الكفيل بأن يخطر المدين قبل قيامه بالوفاء بعزمه عليه • فان كان المدين قد وفى الدين أو كانت عنده أسباب تقضى ببطلان الدين أو بانقضائه ، وجب عليه أن يعلم الكفيل بذلك وأن يعارض فى قيامه بالوفاء (المادة ٧٩٨) •

فاذا أخل الكفيل بواجب الاخطار وقام بالوفاء ، قام به على مسئوليته أى أنه اذا ترتب على هذا الاخلال ضرر للمدين تعادل قيمته ما يريد الكفيل الرجوع به سقط حق الكفيل فى الرجوع ، كما اذا كان

---

(٢٤٢) فى هذا المعنى عبد الباقى نبذة ١٠٤ .

(٢٤٣) محمد على امام ص ١٣٧ ، نقض مدنى ١٩ مايو ١٩٥٥ مجموعة احكام النقض ٦ ــ ١١٤٣ ــ ١٥٢ .

المدين قد وفى الدين قبل أن يوفيه الكفيل ، أو وفاء مرة ثانية بعد وفاء الكفيل وقبل الرجوع عليه ، أو كانت لديه دفوع تبطل الدين أو تجعله منقضيا انقضاء كليا(٢٤٤) • أما اذا لم يترتب على هذا الاخلال ضرر للمدين أو ترتب عليه ضرر جزئى ، فان حق الكفيل فى الرجوع لا يسقط بالرغم من هذا الاخلال أو يسقط منه فقط بقدر ما تحقق من ضرر •

ويلاحظ أن المدين فى هذه الحالة لا يتمسك بهذه الدفوع باعتبارها دفوعا ترد على دعوى الكفيل ، لأن هذه الدعوى دعوى شخصية للكفيل لا يحتج عليه فيها بالدفوع المتعلقة بالدين المكفول التى كان يجوز التمسك بها ضد الدائن(٢٤٥) ، وانما يتمسك بها المدين ويثبت صحتها باعتبار أن ثبوتها يدل على أن وفاء الكفيل دين الدائن قد ألحق بالمدين ضررا من حيث انه فوت عليه فرصة التمسك بهذه الدفوع ضد الدائن ، أى أن اثبات المدين صحة هذه الدفوع انما هو اثبات للضرر الذى أصابه بسبب عدم اخطار الكفيل اياه بعزمه على الوفاء • ولذلك قلنا ان حق الكفيل فى الرجوع على المدين لا يسقط كله كما يوحى ظاهر النص ، وانما

---

(٢٤٤) مارتى ورينو المرجع السابق سنة ١٩٨٧ ص ٤٠٣ نبذة ٦٠٤ •

(٢٤٥) ولأن هذه الدعوى شخصية للكفيل ولا ترد عليها الدفوع التى كان يجوز التمسك بها ضد الدائن ، اضطر المشرع ان يلزم الكفيل باخطار المدين بعزمه على الوفاء تمكينا للمدين من الانتفاع بدفوعه الاصلية ، سواء بالتمسك بها ضد الدائن بعد ان يعلم بها الكفيل ويحمله على الامتناع عن الوفاء ، او بمؤاخذة الكفيل — اذا وفى الدين رغم ذلك — على انه فوت عليه فرصة التمسك بهذه الدفوع ضد الدائن . اما لو رجع الكفيل بدعوى الحلول ، فان المدين يكون له أن يدفع هذه الدعوى بكافة الدفوع التى كانت تجوز له ضد المدين ، سواء اخطره الكفيل بعزمه على الوفاء او لم يخطره . ولذلك يشترط هذا الاخطار فى الرجوع بالدعوى الشخصية . اما فى دعوى الحلول فلا حاجة اليه . ولذلك كان من رأينا تقديم المادة ٨٠٠ على المادة ٧٩٩ بحيث تأتى مباشرة عقب المادة ٧٩٨ التى تنص على الاخطار وتبتعد المادة ٨٠٠ عن النص الذى يفرض الاخطار لأن حكمه غير منطبق عليها (انظر ما تقدم نبذة ١٠٢) .

يسقط منه بقدر الضرر الذى أصاب المدين بسبب عدم اخطاره • فاذا كان المدين قد وفى جزءا من الدين أو وقعت المقاصة بين دين له وما يقابله من دين الدائن ، لم يمتنع رجوع الكفيل عليه الا بقدر هذا الجزء فقط •

واذا قام الكفيل بالاخطار قبل الوفاء ، فاما أن يرد عليه المدين معترضا على الوفاء مع ابداء أسباب الاعتراض ، واما أن لا يرد • وفى الحالة الأولى ينبغى على الكفيل أن يمتنع عن الوفاء تحت مسئولية المدين ، أى أن يترك الدائن يتخذ الاجراءات ضده ثم يدخل هو فيها المدين ليبدى دفوعه فى مواجهة الدائن تحت مسئوليته • ويجوز للكفيل اذا اقتنع بعدم قيام اعتراض المدين على أساس سليم أن يصرف النظر عنه وأن يمضى فى الوفاء ولكن تحت مسئوليته الشخصية ، أى أنه يكون معرضا لأن يفقد حقه كله أو بعضه فى الرجوع على المدين اذا أثبت هذا أمام القضاء صحة الأسباب التى بنى عليها اعتراضه وكانت هذه الأسباب يترتب عليها براءة ذمته من الدين كله أو بعضه •

وفى الحالة الثانية أى اذا سكت المدين ولم يرد على اخطار الكفيل اياه بعزمه على الوفاء ، يصبح من حق الكفيل المضى فى الوفاء والرجوع على المدين بما وفاه • ولا يجوز للمدين أن يحتج بعد ذلك بأن الوفاء سبب له ضررا أو فوت عليه فرصة التمسك بدفوع ضد الدائن ، لأنه هو الذى تسبب بتقصيره فى مضى الكفيل فى الوفاء •

١٠٩ — الشرط الرابع — حلول أجل الدين — اذا وفى الكفيل الدين قبل حلول أجله ، فلا يجوز له الرجوع على المدين الا بعد حلول ذلك الأجل ، لأن الأجل من حق المدين وليس للكفيل أن يحرمه منه بوفاء الدين قبل حلوله •

والمعول عليه فى ذلك الأجل الأصلى للدين المكفول • ولا عبرة بالمهلة التى يمنحها الدائن المدين أو تمنحها اياه المحكمة بعد حلول الأجل الأصلى ، لأن من حق الكفيل أن يتخلص من الكفالة بمجرد حلول الأجل الأصلى ،

فيجوز له أن يوفى الدين للدائن وأن يرجع به على المدين ولو لم يحل الأجل الجديد •

على أنه اذا نزل المدين عن الأجل الأصلى ، كان للكفيل أن يتمسك بهذا النزول ، وجاز له متى وفى الدين أن يرجع على المدين بمجرد الوفاء •

١١٠ — مدى رجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية المستندة الى الكفالة — يؤخذ من نص الفقرة الثانية من المادة ٨٠٠ أن للكفيل أن يرجع أولا بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات • ويستنبط من القواعد العامة ومن الرجوع الى الأعمال التحضيرية أن له أيضا الرجوع بالتعويضات التى تجاوز قيمة الفوائد القانونية ان كان لذلك مقتض(٢٤٦)، فيتعين بيان المقصود بكل من هذه البنود وما يشترط فى الرجوع به •

١١١ — (أ) أصل الدين — والمقصود بأصل الدين جميع المبالغ التى كانت مستحقة للدائن فى ذمة المدين والتى وفاها الكفيل للدائن ، فيشمل ذلك أصل دين المدين وفوائده التى استحقت الى الوقت الذى وفى فيه الكفيل الدين والمصروفات التى أنفقها الدائن فى مواجهة المدين ، كل ذلك يعتبر فى علاقة الكفيل بالمدين أصل الدين •

١١٢ — (ب) الفوائد — والمقصود بالفوائد ما يستحقه الكفيل من فوائد عن المبالغ التى دفعها الى الدائن والتى اعتبرت كلها أصل الدين كما تقدم(٢٤٧) ، وكان تطبيق القواعد العامة على هذه الفوائد يقضى بعدم استحقاقها الا من وقت المطالبة بها قضاء (المادة ٢٢٦ مدنى) • غير أن المشرع راعى الكفيل ، فخوله الحق فى فوائد عن المبالغ التى دفعها

---

(٢٤٦) مارتى ورينو ط ٢ سنة ١٩٨٧ نبذة ٦٠٣ ص ٤٠٣ •

(٢٤٧) فاذا كان الكفيل قد دفع فوق أصل الدين فوائد ، فانه يستحق فوائد تأخير على كل ما دفعه من اصل وفوائد من وقت دفعه اياه (مارتى ورينو ط ٢ سنة ١٩٨٧ نبذة ٦٠٣ ص ٤٠٣) •

من وقت دفعها (المادة ٨٠٠ فقرة ثالثة) ، فسوى بذلك بين الكفيل وبين الوكيل (المادة ٧١٠) والفضولى (المادة ١٩٥) .

١١٣ — (ج) المصروفات — وليس المقصود بالمصروفات هنا ما أنفقه الدائن فى اجراءات ضد المدين لأن هذه النفقات فى العلاقة بين الكفيل والمدين تعتبر داخلة فى أصل الدين كما تقدم . وانما المقصود بها المصروفات التى أنفقها الكفيل فى الوفاء بالتزامه كمصروفات العرض الحقيقى والايداع اذا اقتضى الأمر ذلك ومصروفات الارشاد عن أموال المدين لتجريدها . على أنه لا يرجع الكفيل على المدين الا بالمصروفات التى أنفقها من وقت اخباره المدين الأصلى بالاجراءات التى اتخذت ضده (المادة ٨٠٠ فقرة ثانية) ، اذ يحتمل أن المدين كان يوفى الدين بمجرد اخطاره فيوفر على الكفيل هذه النفقات ، فلا يلزم المدين الا بما ينفقه الكفيل بعد هذا الاخطار .

وكذلك تشمل المصروفات التى يرجع بها الكفيل عل المدين المصروفات التى أنفقها الدائن فى اجراءات ضد الكفيل والتى اضطر الكفيل الى دفعها الى الدائن ، على أن لا يرجع بالنسبة الى هذه المصروفات أيضا الا بالذى أنفقه الدائن من وقت اخطار الكفيل المدين بالاجراءات المتخذة ضده وذلك أيضا لاحتمال وفاء المدين الدين بمجرد اخطاره . ويستثنى من ذلك مصروفات المطالبة الأولى كمصروفات رفع الدعوى على الكفيل أو مصروفات التنبيه عليه بالوفاء لأن هذه المصروفات ينفقها الدائن قبل أن يصل أى اجراء الى الكفيل مما يوجب عليه اخطار المدين فيلتزم بها المدين لا الكفيل .

١١٤ — (د) التعويض الذى يجاوز قيمة الفوائد القانونية — اذا أصاب الكفيل بسبب اضطراره الى وفاء الدين المكفول ضرر يجاوز قيمة الفوائد القانونية ، كما اذا اضطر الى بيع أمواله بثمن بخس ، أفيجوز له أن لا يقتصر على الفوائد القانونية وأن يطالب بتعويض تكميلى عن هذا الضرر ؟

فى القانون الفرنسى نصت المادة ٢٠٢٨ مدنى على حق الكفيل فى الرجوع أيضا عند الاقتضاء بالتضمينات .

ولم يكن فى التقنين الملغى نص على ذلك اذ اقتصرت المادة ٥٠٥/٦١٧ على النص على حق الكفيل فى الرجوع على المدين بجميع ما أداه . وقد اضطر الفقه والقضاء الى كثير من الاجتهاد للقول بأن للكفيل الرجوع بفوائد ما أداه . ولكنهم اختلفوا فيما يتعلق بالتعويضات ، فذهب فريق الى أنه ليس للكفيل أن يرجع بها ما دام القانون المصرى لم ينص عليها كما نص القانون الفرنسى .

وذهب فريق آخر الى أن للكفيل الرجوع بالتعويضات استنادا الى أن عدم النص لا يمنع الرجوع لأنه مطابق للعدالة والى أنه لم يمنع الاعتراف للكفيل بحقه فى فوائد ما دفع من وقت دفعه ، فلا محل للتقيد به فى شأن التعويضات .

وفى التقنين الحالى جاءت المادة ٨٠٠ خلوا من أى ذكر للتعويضات . ولكن بالرجوع الى الأعمال التحضيرية يتضح أن المادة ١١٥٣ مكررة من المشروع التمهيدى وهى أصل المادة ٨٠٠ من القانون كان يتكون من أربع فقرات لا من ثلاث فقط وأن الفقرة الرابعة منها كانت تنص على أن « للكفيل فوق ذلك أن يرجع بالتعويض » ، وأن لجنة المراجعة قد عدلت صياغة الفقرة الثالثة من هذه المادة وحذفت الجزء الأخير منها اكتفاء بالقواعد العامة كما حذفت الفقرة الرابعة اكتفاء بتطبيق القواعد العامة(٢٤٨) .

وبناء على ذلك لا يصح أن يحمل اغفال ذكر التعويضات فى المادة ٨٠٠ من القانون على أن المشرع قصد حرمان الكفيل منها بل يتعين

---

(٢٤٨) انظر مجموعة الاعمال التحضيرية للتقنين المدنى الجديد ج ٥ ص ٥٤٧ .

تفسيره بانه قصد به الرجوع الى القواعد العامة ، وهى المنصوص عليها فى المادة ٢٣١ مدنى التى تنص على أنه « يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلى يضاف الى الفوائد ، اذا أثبت أن الضرر الذى يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية » ، أى أن الكفيل لا يكون له الرجوع بالتعويض على المدين الا اذا أثبت الضرر الذى يجاوز قيمة الفوائد القانونية وأثبت أن هذا الضرر راجع الى سوء نية المدين فى عدم الوفاء بدينه للدائن فى الوقت المناسب(٢٤٩) .

١١٥ — رجوع الكفيل فى حالة الوفاء الجزئى — اذا وفى الكفيل جزءا من الدين فقط فلا يرجع على المدين الا بقدر ما وفاه مع الفوائد والمصاريف ، ولو كان قد حصل فى مقابل الجزء الذى وفاه على ابراء المدين من كل الدين نتيجة لصلح مثلا بينه وبين الدائن .

غير أنه اذا أثبت أن الدائن قد اكتفى بالجزء الذى دفعه الكفيل ونزل للأخير شخصيا عن الجزء الباقى تبرعا منه اليه ، كان للكفيل حق الرجوع بما دفع بدعوى الكفالة وبما حصل التبرع له به باعتباره محالا اليه .

وقد نصت المادة ٧٩٩ المتعلقة بدعوى الحلول على أنه اذا لم يوف الكفيل الا بعض الدين فلا يرجع بما وفاه الا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين(٢٥٠) ، ولم يرد مثل هذا النص فى المادة ٨٠٠ المتعلقة بالدعوى الشخصية المستندة الى الكفالة ولا فى المادة ٣٢٤ المتعلقة بالدعوى الشخصية المستندة الى القواعد العامة ، فيؤخذ من ذلك أن الكفيل اذا وفى بعض الدين فان رجوعه بالدعوى الشخصية لا يتقيد بما

---

(٢٤٩) وقد أخذ بذلك زميلنا الدكتور عبد الباقى فى الطبعة الثانية نبذة ١٠٦ ص ١٨٠ بعد ان كان يقول بعكسه فى الطبعة الاولى نبذة ١٠٥ ص ١٦٧ . وفى هذا المعنى أيضا محمد على امام ص ١٤٢ ، منصور مصطفى ص ١٠٣ ، كامل مرسى ص ٢٥٥ .

(٢٥٠) انظر أيضا نبذة ١٢٤ .

يتقيد به رجوعه بدعوى الحلول ، أى أنه يجوز له مباشرة الدعوى الشخصية قبل أن يستوفى الدائن باقى حقه من المدين . فيجوز له أن يسبق الدائن فى التنفيذ على أموال المدين أو أن يزاحمه فى توزيع الناتج من هذه الأموال . غير أنه يجوز فى هذه الحالة للدائن اذا كان الكفيل ملتزما بضمان باقى الدين أن يوقع الحجز على ما يصيب الكفيل فى توزيع أموال المدين وأن يستوفى منه حقه ، فيتمكن بذلك عمليا من استيفاء حقه قبل أن يستوفى الكفيل شيئا . أما اذا كان الكفيل غير ضامن الا الجزء الذى وفاه للدائن ، فليس للأخير أن يلجأ الى هذه الوسيلة ولا الى أى وسيلة أخرى يمنع بها الكفيل من الرجوع بما وفاه الى أن يستوفى هو كامل حقه من المدين .

١١٦ — أساس الرجوع بالدعوى الشخصية — جرى الفقه من قديم الزمن على اعتبار أساس رجوع الكفيل بالدعوى الشخصية وجود علاقة وكالة صريحة أو ضمنية بين المدين والكفيل أو اعتبار عمل الكفيل فضالة ، فقالوا انه اذا حصلت الكفالة بناء على طلب المدين أو بعلمه ودون اعتراض منه اعتبرت العلاقة بين الكفيل والمدين وكالة صريحة أو ضمنية وجاز للكفيل متى وفى الدين الرجوع على المدين بدعوى الوكالة . واذا حصلت الكفالة دون علم المدين اعتبرت فضالة . أما اذا حصلت رغم اعتراضه فلا يكون ثمة وكالة ولا فضالة ، أو بالتالى لا يكون للكفيل رجوع على المدين لا بدعوى الوكالة ولا بدعوى الفضالة .

غير أن هذا التكييف فى نظرنا لا يقصد به تأسيس دعوى الكفيل الشخصية بقدر ما يقصد به تحديد مداها وبيان آثارها . ذلك أنه لا يستقيم مع المبادىء العامة القول بأن بين المدين والكفيل وكالة صريحة أو ضمنية . فاذا كان المقصود بذلك الوكالة فى الكفالة فكيف يستقيم أن يوكل المدين الكفيل فى أن يكفله مع أنه هو لا يستطيع أن يكفل نفسه ؟ واذا كان المقصود به الوكالة فى الوفاء فان ذلك كان يقتضى جواز عزل الوكيل أو نزوله عن الوكالة مع أنه مما لا شك فيه أنه متى تمت الكفالة لا يستطيع المدين أن يقيل الكفيل من التزامه ولا الكفيل أن يتنحى أو أن

يمتنع عن الوفاء(٢٥١) . وكذلك لا يستقيم مع المبادىء العامة القول بأن علاقة الكفيل بالمدين علاقة فضالة لأن الفضالة تقتضى أن يقوم الفضولى بعمل لغيره دون أن يكون ملزما بذلك ولا أن تكون له مصلحة فيه وأن يكون هذا العمل عاجلا بحيث لا يحتمل التأخير وانتظار قيام رب العمل به ، ولأن وفاء الكفيل دين الدائن يكون بناء على التزامه بذلك فلا يعتبر فضالة ، ولأن قيامه بعقد الكفالة يندر أن تتوافر فيه ظروف الضرورة والاستعجال التى تسبغ عليه صفة الفضالة ، بل ان الفضالة غير متصورة فى عمل لا يتصور صدوره من رب العمل ذاته فى حق نفسه .

لذلك قلنا ان تكييف الفقه دعوى الكفيل الشخصية بأنها دعوى وكالة أو فضالة لا يقصد به حقيقة هذا التكييف ولا بيان شروط هذه الدعوى وانما يجب أن يحمل على أن المقصود به أن رجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية يخوله مثل ما يجوز للوكيل أن يرجع به على الموكل فى دعوى الوكالة وما يجوز للفضولى أن يرجع به على رب العمل فى دعوى الفضالة . والجامع بين هذه الدعاوى الثلاث فى أساسها ان كلا من الوكيل والفضولى والكفيل يعمل لمصلحة الطرف الآخر فمن العدل مراعاتهم جميعا فى تقرير حقوقهم قبل الطرف الذى عملوا لمصلحته ومنحهم بعض المزايا التى لا يمنحها عادة الدائن الذى عمل لمصلحة نفسه لا لمصلحة مدينه ، كمزية استحقاق الفوائد القانونية عن كل ما قاموا بدفعه ابتداء من يوم الدفع وليس من وقت المطالبة القضائية فحسب . ويترتب على هذا الأساس أنه اذا لم تكن الكفالة حاصلة لمصلحة المدين بأن تمحضت لمصلحة الدائن أو تمت رغم اعتراض المدين عليها فان الكفيل لا يستحق هذه المراعاة ولا تثبت له هذه الدعوى التى تشبه دعوى الوكالة أو الفضالة فى آثارها فلا يكون مثلا له الحق فى فوائد ما دفع من وقت دفعه بل فقط من وقت المطالبة بها قضائيا .

وقد كنا فى ظل التقنين الملغى فى حاجة الى الباس دعوى الكفيل

---

(٢٥١) استئناف مختلط ١٣ فبراير ١٨٩٦ (٨ ص ١١٨) .

ثوب الوكالة أو الفضالة توصلا لمنح الكفيل هذه المزية لأن المادة ٥٠٥/ ٦١٧ مدنى قديم لم تكن تنص عليها بل اكتفت بالنص على أنه « اذا دفع الكفيل الدين عند حلول الأجل فله الرجوع على المدين بجميع ما أداه » .

أما القانون الحالى ، فقد نص فى المادة ٨٠٠ منه على مدى رجوع الكفيل على المدين وبين جميع عناصره وشروطها بحيث أصبح الكفيل فى غنى عن استعارة قواعد الوكالة أو الفضالة ، وأصبح يتعين بعد ذلك القول بأن الدعوى الشخصية التى يرجع بها الكفيل على المدين وفقا للمادة ٨٠٠ المذكورة هى دعوى الكفالة كما أن الدعوى الشخصية التى يرجع بها الوكيل على الموكل هى دعوى الوكالة ، وأن أساس هذه الدعوى نص القانون المبنى على افتراض حصول الكفالة لمصلحة المدين(٢٥٢) . فاذا ثبت حصولها لمصلحة الدائن أو بالرغم من اعتراض

---

(٢٥٢) قرب فى هذا المعنى عبد الباقى نبذة ١٠٢ . كما ان رجوع المتبوع على التابع بما اوفاه عنه من تعويض أساسه نص المادة ١٧٥ التى تقول عنها محكمة النقض انها لم تستحدث للمتبوع دعوى شخصية جديدة (نقض مدنى ٣٠ يناير ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض ٢٠ — ١٩٩ — ٣٣) .

وقد قررت محكمة النقض فى الطعن رقم ١٣٠ سنة ٥٨ ق بجلسة ٨ مايو ١٩٩٠ ان النص فى المادة ١٧٥ مدنى على أن للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه فى الحدود التى يكون فيها هذا الغير مسئولا عن تعويض الضرر » وفى المادة ٣٢٦ مدنى على انه اذا قام بالوفاء شخص غير المدين حل الموفى محل الدائن الذى أستوفى حقه فى الاحوال الاتية : « (ا) اذا كان الموفى ملتزما بالدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه ... » ، وفى المادة ٣٢٩ منه على ان « من حل قانونا او اتفاقا محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع . ويكون هذا الحلول بالقدر الذى اداه من ماله من حل محل الدائن » يدل على انه اذا قضى على المتبوع بالتعويض عما لحق المضرور من ضرر بخطأ ارتكبه التابع ، وقام المتبوع نفاذا لهذا الحكم بالوفاء الى المضرور بحقه فى التعويض حل محله فى نفس حقه وانتقل اليه هذا الحق بما له من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع ، وكان له أن يرجع =

المدين امتنع استعمال هذه الدعوى ولم يبق للكفيل الا الرجوع بالدعوى الشخصية المستندة الى القواعد العامة فوق حقه فى الحلول محل الدائن(٢٥٣) .

(ثانيا) الدعوى الشخصية المستندة الى القواعد العامة .

١١٧ ــ الأحوال التى يحتاج فيها الكفيل الى الدعوى الشخصية المستندة الى القواعد العامة ــ لا يحتاج الكفيل الى الدعوى الشخصية المستندة الى القواعد العامة الا حيث لا تتوافر فيه شروط دعوى الكفالة . ويكون ذلك اذا لم تكن الكفالة معقودة لمصلحة المدين بأن تمحضت لصلحة الدائن أو تكون قد عقدت بالرغم من اعتراض المدين . ويكون ذلك أيضا اذا وقع من الكفيل فى وفاء الدين خطأ سبب ضررا للمدين كأن يكون الكفيل قد وفى الدين دون اخطار المدين قبل الوفاء أو بالرغم من اعتراض المدين على الوفاء .

به كله على تابعه طالما كان المتبوع مسئولا عن هذا التابع وليس مسئولا معه ، فاذا لم يكن التابع قد اختصم فى دعوى التعويض كان له فى دعوى الحلول أن يتمسك فى مواجهة المتبوع بالدفوع التى كان له ان يتمسك بها فى مواجهة المضرور ــ بما فيها الدفع بسقوط دعوى التعويض بالتقادم الثلاثى المقرر فى المادة ١٧٢ مدنى متى كان قد انقضى على علم المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه أكثر من ثلاث سنوات دون ان يرفع عليه دعوى التعويض ، ذلك ان رفع المضرور دعواه على المتبوع لا يقطع التقادم بالنسبة الى التابع ، كما لا يعتبر الحكم الصادر فى تلك الدعوى حجة على التابع لعدم اختصامه فيها . اما اذا كان التابع قد اختصم مع المتبوع فى دعوى التعويض وقضى عليهما بهذا التعويض متضامنين وحاز الحكم الصادر فيها قوة الامر المقضى ، فان هذا الحكم يكون حجة على التابع ، وعملا بنص المادة ٣٨٥ مدنى تصبح مدة تقادم دعوى التعويض المقضى به ١٥ سنة ويمتنع على التابع ان يتمسك فى مواجهة المتبوع بما يمتنع عليه ان يتمسك به من دفوع فى مواجهة المضرور نتيجة لذلك الحكم بما فيها الدفع بالتقادم الثلاثى المشار اليه (مجلة القضاة س ٢٥ العدد الاول يناير يونيه ١٩٩٢ ص ٤٥٣) .

(٢٥٣) فى هذا المعنى عبد الباقى نبذة ١٠٣ ، امام ص ١٣٥ .

فى هذه الأحوال لا يكون للكفيل الرجوع بدعوى الكفالة فيرجع بالدعوى الشخصية المستندة الى القواعد العامة وهى كما سنرى دعوى الاثراء دون سبب •

١١٨ — شروط الدعوى الشخصية المستندة الى القواعد العامة — ويشترط فى استعمال هذه الدعوى توافر ثلاثة شروط هى .

(١) أن يكون الكفيل قد وفى الدين ، وذلك لأن الوفاء هو الذى يخول الكفيل الرجوع أى أنه مصدر حق الرجوع ، فلا رجوع ما لم يسبقه الوفاء •

(٢) أن تعود على المدين منفعة من هذا الوفاء ، وذلك لأنه اذا كان وفاء الكفيل هو الذى يبرر حقه فى الرجوع ، فانه لا يكفى لتبرير التزام المدين بأن يرد للكفيل ما وفاه وانما الذى يبرر هذا الالتزام الأخير أن يكون المدين قد أفاد من وفاء الكفيل براءة ذمته من دين كان يشغلها • ولا يشترط أن تكون منفعة المدين معادلة ما بذله الكفيل فى الوفاء • فلو وفى الكفيل دينا كان المدين سبق أن وفى جزءا منه أو كانت لديه دفوع تبطله أو تجعله منقضيا فى جزء منه ، فان وفاء الكفيل لا يعود على المدين الا بفائدة جزئية ، ويكون ذلك كافيا لرجوع الكفيل على المدين ولكن بقدر ما عاد على الأخير من نفع بسبب الوفاء •

(٣) أن يحل أجل الدين ، لأن الكفيل اذا وفى الدين قبل حلول أجله فلا يجوز أن يضار المدين بذلك • والواقع أن عدم حلول أجل الدين يمنع من تحقق الشرط السابق لأن وفاء الكفيل بالدين لا يعود بالنفع على المدين الا ابتداء من حلول أجل الدين ، فيتعين اذن على الكفيل أن ينتظر حلول الأجل لامكان الرجوع على المدين •

ويلاحظ أن هذه الشروط لا تخرج عن شروط دعوى الاثراء دون سبب ، وهى افتقار الكفيل بقدر ما وفاه واثراء المدين بالقدر الذى برئت

به ذمته بسبب هذا الوفاء(٢٥٤) •

١١٩ — مدى الرجـوع : تطبيق قواعـد الاثـراء دون سبب — فى هذه الأحوال التى يحتاج فيها الكفيل الى الدعوى الشخصية المستندة الى القواعد العامة ، والتى تتوافر فيها شروط دعـــوى الاثراء دون سبب ، يتعين مدى رجوع الكفيل على المدين وفقا للقواعد العامة التى تحكم هذه الدعوى الأخيرة •

وكانت المادتان ١٦١/٢٢٤ و ١٦٣/٢٢٦ مدنى قديم تنصان على أن « من دفع دين شخص ، فله حق الرجوع عليه بقدر ما دفعه ومطالبته به بناء على ما حصل له من المنفعة بسداد دينه(٢٥٥) » ، وعلى أنه « اذا دفع انسان دين آخر بغير ارادته ثم رجع عليه فللمدين المذكور الحـق فى عدم قبول ما دفع عنه كله أو بعضه اذا أثبت أن مصلحته كانت تقتضى امتناعه عن الدفع للدائن الأصلى » •

وقد نصت المادة ٣٢٤ مدنى على أنه « اذا قام الغير بوفاء الدين ، كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه • — ومع ذلك يجـــوز للمدين الذى حصل الوفاء بغير ارادته أن يمنع رجوع الموفى بمـا وفاه عنه كلا أو بعضا ، اذا أثبت أن له أية مصلحة فى الاعتراض على الوفاء »•

ومؤدى هذه النصوص أن الكفيل لا يرجع فى هـذه الأحوال التى لا تثبت له فيها دعوى الكفالة الا بأقل القيمتين قيمة ما وفاه هو للدائن وقيمة الفائدة التى عادت من هذا الوفاء على المدين • فاذا كانت هـذه القيمة أقل مما وفاه الكفيل لوجود دفوع أو أسباب كان يستطيع بهـا

---

(٢٥٤) أنظر مؤلفنا الوافى ج ٢ المجلد الثالث فى الاثراء على حســاب الغير سنة ١٩٩٠ نبذة ٢١ وما بعدها ص ٦٩ وما يليها .

(٢٥٥) وفى حدود ما أنفقه ، حيث يقول النص الفرنسى
Jusqu,à concurrence des déborsés

المدين أن يدفع بها مطالبة الدائن اياه وأن يسقط عن نفسه بعض الدين ، فان الكفيل لا يرجع الا بقدر ما أفاده المدين بسبب الوفاء أى بالقدر الذى برئت به ذمته نتيجة للوفاء وحده .

وتطبيقا لذلك قررت محكمة النقض أن يستطيع المتبوع الرجوع على تابعه بالدعوى الشخصية المنصوص عليها فى المادة ٣٢٤ مدنى التى تقضى بأنه اذا قام الغير بوفاء الدين كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه . وهذه الدعوى سواء كان أساسها الاثراء بلا سبب أو الفضالة . فان المتبوع لا يستطيع الرجوع بها اذا كان قد أوفى التعويض للدائن (المضرور) بعد ان كان حق الدائن فيه قد سقط بالنسبة للتابع لأن هذا لم يفد شيئا من هذا الوفاء ، وليس للمتبوع أن يرجع على تابعه بالتعويض الذى أوفاه عنه بالدعوى الشخصية التى قررها القانون فى المادة ٨٠٠ مدنى للكفيل قبل المدين ، وذلك لما هو مقرر من عدم جواز رجوع الكفيل بهذه الدعوى اذا كانت الكفالة لمصلحة الدائن وحده — وضمان المتبوع لاهمال تابعه هو ضمان قرره القانون لمصلحة الدائن المضرور وحده(٢٥٦) .

ولا تخول هذه الدعوى الكفيل الحق فى فوائد عن المبالغ التى دفعها الى الدائن الا من وقت المطالبة القضائية بها وفقا للقواعد العامة وخلافا لما [illegible]له اياه دعوى الكفالة .

أما التعويض عن الأضرار التى تجاوز قيمة الفوائد القانونية ، فقد تقدم أن أحكام الرجوع بدعوى الكفالة لم تخرج فى شأنه عن حكم القواعد العامة ، وهذه القواعد تنطبق على دعوى الاثراء دون سبب

---

(٢٥٦) نقض مدنى ١٠ مايو ١٩٧٩ مجموعة احكام النقض ٣٠ — ٢٠٧ — ٢٤٠ .

(٢٥٧) نقض مدنى ١٩٧٧/١٢/١٤ مجموعة احكام النقض ٢٨ — ١٧٩٨ — ٣٠٧ .

كما تنطبق على دعوى الكفالة ، فيجوز فى كلتا الحالين للكفيل أن يطالب بتعويض تكميلى عن هذه الأضرار اذا أثبت أن المدين قد تسبب فيها بسوء نية(٢٥٨) •

٢ — الرجوع بدعوى الحلول

١٢٠ — أساس دعوى الحلول وشروطها — نصت المادة ٧٩٩ مدنى على أنه « اذا وفى الكفيل الدين ، كان له أن يحل محل الدائن فى جميع ما له من حقوق قبل المدين ••• » ، وهى فى ذلك لا تعدو أن تكون تطبيقا للمادة ٣٢٦ فقرة (أ) التى تقضى بحلول الموفى محل الدائن بقوة القانون « اذا كان الموفى ملزما بالدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه » ، اذ أن الكفيل ملزم بوفاء الدين عن المدين • وهذا وحده يكفى لاحلاله بمجرد الوفاء محل الدائن الذى استوفى حقه •

فأساس دعوى الحلول هو تلك القاعدة العامة المنصوص عليها فى القانون ، ولم تشرع هذه القاعدة رعاية لكل من يوفى دين غيره ولو كان ذلك باختياره ، وانما شرعت لمصلحة من يوفى دين غيره وهو ملزم بذلك كالكفيل • فحسب الكفيل أنه ملزم بالوفاء بدين المدين لكى يكون له اذا ما وفاه أن يحل بقوة القانون محل الدائن فى حقوقه ، أيا كانت الظروف التى عقدت فيها الكفالة ، أى بقطع النظر عما اذا كانت الكفالة قد عقدت لمصلحة الدائن وحده أو لمصلحة المدين ، أو اذا كانت قد عقدت بعلم المدين أو دون علمه ، وبرضاه أو رغم اعتراضه •

ففى جميع الأحوال ما دامت الكفالة صحيحة ، أى ما دام قد نشأ عنها التزام الكفيل بوفاء دين غيره ، فان وفاء الكفيل بدين المدين بناء

---

(٢٥٨) فى هذا المعنى محمد على امام ص ١٤٤ .

على هـذا الالتزام الناشىء من الكفالة يكفى فى ذاته لاحلال الكفيل محل الدائن فى حقوقه بقوة القانون(٢٥٩) •

ويبين من ذلك أنه اذا كان يشترط فى حلول الموفى بوجه عام محل الدائن بقوة القانون أن يكون موفى دين غيره ملزما بالدين مع ذلك الغير أو عنه ، فان هذا الشرط متوفر دائما فى الكفيل • ولا يبقى الا أن يقوم الكفيل بوفاء الدين حتى يثبت له هذا الحلول القانونى • ولذلك يعتبر وفاء الكفيل دين المدين هو الشرط الوحيد لحلوله قانونا محل الدائن •

على أنه لا يجوز للكفيل بالرغم من حلوله محل الدائن بمجرد الوفاء أن يباشر دعوى الحلول الا اذا كان الدائن قد استوفى حقه كاملا وكان أجل الدين قد حل ، والا وجب على الكفيل أن ينتظر فى مباشرة دعوى الحلول أن يحل أجل الدين وأن يستوفى الدائن كامل حقه •

١٢١ — أثر حلول الكفيل محل الدائن — اكتفت المادة ٧٩٩ مدنى بأن تنص على أنه « اذا وفى الكفيل الدين ، كان له أن يحل محل الدائن فى جميع ما له من حقوق قبل المدين ••• » ، وقد تقدم أن حكمها لا يخرج عن القواعد العامة فيجب تكملته بها • وقد نصت المادة ٣٢٩ فى باب الوفاء مع الحلول على أن « من حل قانونا أو اتفاقا محل الدائن ، كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص ، وما يلحقه من توابع ، وما يكفله من تأمينات ، وما يرد عليه من دفوع ، ويكون هذا الحلول بالقدر الذى أداه من ماله من حل محل الدائن » • ومؤدى ذلك أن الكفيل يحل محل الدائن فى حقه ذاته • وتترتب على ذلك النتائج الآتية(٢٦٠) :

---

(٢٥٩) فى هذا المعنى المرجع السابق . ، ومارتى ورينو ط ٢ سنة ١٩٨٧ نبذة ٦٠٢ ص ٤٠٢ •

(٢٦٠) انظر كتابنا الوافى جـ ٢ المجلد الرابع فى احكام الالتزام سنة ١٩٩٢ نبذة ٣٦٨ و ٣٧٢ •

(١) أن الحلول لا يتم الا اذا ظل حق الدائن قائما وقت الوفاء الذى قام به الكفيل • أما اذا كان هذا الحق قد انقضى أو تقرر بطلانه قبل ذلك فلا محل لحلول الكفيل فيه • ويجوز حينئذ للكفيل أن يرجع على الدائن بدعوى استرداد ما دفع دون حق • ويجوز له أيضا اذا كان قد أخطر المدين قبل الوفاء ولم يخبره المدين بانقضاء الدين أو ببطلانه أن يرجع عليه بالدعوى الشخصية •

(٢) أن الكفيل يحل محل الدائن فى حقه بما لهذا الحق من خصائص ومن توابع • فاذا كان الدين تجاريا كان للكفيل أن يتمسك بهذه الصفة وبخاصة فيما يتعلق بالاختصاص وبالاثبات وبسعر الفوائد القانونية • واذا كان الدين ثابتا بسند تنفيذى جاز للكفيل أن يباشر التنفيذ ضد المدين بهذا السند ذاته دون حاجة به للحصول على سند تنفيذى باسمه خاصة • واذا كان الدائن لم يطالب المدين بعد حلول الأجل فان المدة التى انقضت قبل وفاء الكفيل تحسب للمدين اذا ما تمسك بالتقادم بعد ذلك فى مواجهة الكفيل • واذا كان الدين مما يتقادم بمدة أقل من مدة التقادم العام ، بقيت له هذه الصفة أيضا فى مواجهة الكفيل • واذا كان الدين منتجا فوائد لمصلحة الدائن ظل ينتجها أيضا لمصلحة الكفيل وبالسعر ذاته ، والا فلا يكون للكفيل حق فى فوائد الا وفقا للقواعد العامة •

(٣) أن الكفيل يحل محل الدائن فى حقه بكل ما يرد عليه من دفوع • فاذا كانت للمدين دفوع يجوز له التمسك بها ضد الدائن ، سواء كانت تلك الدفوع متعلقة بالدين أو خاصة بشخصه ، كالدفع ببطلان الدين لسبب متعلق بالنظام العام أو لنقص فى الأهلية أو لعيب فى الرضا أو بانقضائه بالمقاصة أو التقادم الخ • ، جاز له التمسك بهذه الدفوع ذاتها فى مواجهة الكفيل • ويستوى فى ذلك أن يكون المدين قد أخطر بها الكفيل قبل الوفاء أو لم يخطره لأنه ما دام الكفيل قد حل فى حق الدائن بجميع خصائصه ، فان هذه الدفوع ترد عليه كما كانت ترد فى

حق الدائن(٢٦١) •

(٤) أن الكفيل يحل محل الدائن فى حقه وفيما كان يكفله من تأمينات سواء كانت تلك التأمينات شخصية أو عينية ، وسواء كانت مقـدمة من المدين نفسه أو من غيره ، وسواء كانت موجودة وقت الكفالة أو قدمت بعد ذلك • فاذا كان التأمين عينيا ومقدما من المدين ، كان للكفيـــل أن يستوفى حقه من قيمة هذا التأمين حسب مرتبة الدائن فى هذا التأمين • واذا تصرف المدين فى المال الوارد عليه هذا التأمين ، كان للكفيل أن يتتبعه فى يد المتصرف اليه وفقا للقواعد العامة •

غير أن حلول الكفيل محل الدائن فى التأمينات العينية لا يسرى فى حق الغير الا اذا اتخذت بشأنه الاجراءات اللازمة لسريانه عليهـم • ففى الرهن الحيازى لا بد من نقل الحيازة الى الكفيل وثبوت الوفاء مع الحلول فى ورقة ثابتة التاريخ اذا كان المرهون منقولا • وفى رهن الحيازة العقارى والرهن الرسمى والاختصاص والامتياز العقـــارى لا بد من التأشير بالحلول فى هامش قيد هذه الحقوق • وقد نصت المـــادة ٧٨٧ فقرة ٢ و ٣ على أنه « اذا كان الدين مضمونا بمنقول مرهون أو محبوس وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل • أما اذا كان الدين مضـــمونا

---

(٢٦١) وقضت محكمة النقض بان رجوع المتبوع على التابع بدعـوى الحلول بما أوفاه من تعويض للمضرور يخول الاخير التمسك بسقوط حـــق المضرور بالتقادم الثلاثى وان دعوى المضرور قبل المتبوع لا تقطع التقـادم بالنسبة الى التابع (نقض مدنى ١٠ مايو ١٩٧٩ مجموعة احكام النقض ٣٠ — ٣٠٧ — ٢٤٠) •

كذلك قضت بان للتابع فى حالة رجوع المتبوع عليه بمبلغ التعـويض الذى الزم بوفائه عنه التمسك بالتقادم الثلاثى المقرر بالمادة ١٧٢ مدنى اذا اختصم فى الدعوى بعد اكتمال مدة هذا التقادم . لكن هذا التقادم يرد على حق الدائن الاصلى (المضرور) الذى انتقل بالحلول الى المتبوع ، لا عـلى حق المتبوع فى الرجوع على التابع (نقض مدنى ٣٠ يناير ١٩٦٩ مجموعـة احكام النقض ٢٠ — ١٩٩ — ٣٣) •

بتأمين عقارى ، فان الدائن يلتزم بأن يقوم بالاجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين ، ويتحمل الكفيل مصروفات النقل ، على أن يرجع بها على المدين » •

أما اذا كانت التأمينات الضامنة للدين كفالة عينية أو شخصية ، فقد تقدم حكم تعدد الكفلاء من حيث انقسام الدين بينهم أو عدمه ، فاذا وفى أحدهم كل الدين حل محل الدائن قبل الكفلاء الآخرين(٢٦٢) • ولكنه لو استعمل حقه فى الحلول لمطالبة أى منهم بكل الدين ، فان الأخير يكون له بدوره الرجوع على الأول • ولذلك سنرى فى علاقة الكفلاء فيما بينهم أن الموفى منهم لا يكون له رجوع على الآخرين الا بقدر نصيبهم فى الدين(٢٦٣) •

واذا كان التأمين الشخصى تضامنا بين المدينين ، حل فيه الكفيل الموفى محل الدائن قبل جميع المدينين المتضامنين ولو كان هو لم يكفل الا بعضهم ، وجاز له أن يرجع على أى ممن كفلهم بكل الدين الذى وفاه ، أو على أى واحد من المدينين الآخرين بكل الدين ناقصا نصيب المدينين الذين كفلهم أو على الأقل نصيب من أعسر منهم(٢٦٤) •

١٣٢ — حكم الوفاء الجزئى — اذا لم يوف الكفيل الا بعض الدين ، فان ذلك لا يمنعه من الحلول قانونا محل الدائن بقدر ما وفاه ، ولكن لا يجوز له مباشرة دعوى الحلول قبل أن يستوفى الدائن باقى حقه وأن يستغنى بذلك عن الدعوى بهذا الحق وعن التأمينات الضامنة له(٢٦٥) •

وقد نصت المادة ٧٩٩ مدنى على أنه اذا لم يوف الكفيل الا بعض الدين،

---

(٢٦٢) راجع نبذة ٩٨ وما بعدها .
(٢٦٣) انظر ما سيجىء فى نبذة ١٢٩ وما بعدها .
(٢٦٤) انظر فى تفصيل ذلك ما سيجىء فى نبذة ١٢٧ و ١٢٨ .
(٢٦٥) راجع ما تقدم فى نبذة ١١٥ .

فلا يرجع بما وفاه الا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين • ويعتبر نصها تطبيقا للمادة ٣٣٠ فقرة أولى التى تقضى بأنه « اذا وفى الغير الدائن جزءا من حقه وحل محله فيه ، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء ، ويكون فى استيفاء ما بقى له من حق مقدما على من وفاه ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك »(٢٦٦) •

ولا يشترط فى مباشرة الكفيل دعوى الحلول أن يكون الدائن قد استوفى باقى حقه من الكفيل نفسه ، بل يكفى أن يكون قد استوفى حقه من المدين أو من أى شخص آخر ، لأن المعول عليه انما هو استغناء الدائن عن الدعوى المتعلقة بحقه وعن تأمينات ذلك الحق •

فاذا استوفى الدائن باقى حقه من المدين ، جاز للكفيل مباشرة دعوى الحلول والانتفاع بكل تأمينات الدين فى استيفاء الجزء الذى وفاه منه • وكذلك اذا استوفى الدائن باقى حقه من شخص غير المدين ليس له أى حق اتفاقى أو قانونى فى الحلول محل الدائن • أما اذا استوفى الدائن باقى حقه من شخص له حق الحلول عومل هذا الشخص والكفيل الذى وفى جزءا من الدين على قدم المساواة ، وجاز لهما مباشرة دعوى الحلول فى الوقت ذاته وكان لهما أن يقتسما الناتج من هذه الدعوى قسمة غرماء • وقد نصت المادة ٣٣٠ فقرة ثانية على ذلك حيث قضت بأنه « اذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقى له من حق رجع من حل أخيرا هو ومن تقدمه فى الحلول كل بقدر ما هو مستحق له وتقاسما قسمة الغرماء » •

ولأن الغرض من اشتراط استيفاء الدائن كامل حقه قبل مباشرة الكفيل الذى لم يوف الا بعض الدين دعوى الحلول انما هو ضمان

---

(٢٦٦) انظر كتابنا الوافى جـ ٢ المجلد الرابع فى أحكام الالتزام سنة ١٩٩٢ نبذة ٣٧٣ •

له ، فيجوز للدائن النزول عن هذا الشرط والسماح للكفيل الذى وف جزءا فقط من الدين بمباشرة دعوى الحلول قبل أن يستوفى الدائن كامل حقه . ولذلك يعتبر حكم المادة ٣٣٠ فقرة أولى حكما مقررا يجوز الاتفاق على ما يخالفه وقد نصت المادة المذكورة على ذلك صراحة .

٣ — موازنة بين الرجوع بالدعوى الشخصية

والرجوع بدعوى الحلول

١٢٣ — لكل من الدعويين مزايا بالنسبة الى الكفيل — تتميز كل من هاتين الدعويين بمزايا بالنسبة الى الكفيل تجعلها تفضل الأخرى من بعض النواحى ، فيفضل الكفيل هذه أو تلك حسب ما تقتضيه مصلحته فى كل حالة على حدة .

١٢٤ — مزايا دعوى الحلول — أما مزايا دعوى الحلول فهى :

(١) أنها تثبت لكل كفيل قام بوفاء الدين سواء كانت الكفالة معقودة لمصلحة الدائن أو لمصلحة المدين ، وسواء عقدت بعلم المدين ورضاه أو بغير علمه أو بالرغم من اعتراضه فى حين أن الدعوى الشخصية المستندة الى الكفالة لا تثبت للكفيل اذا كانت الكفالة قد عقدت لمصلحة الدائن وحده أو بالرغم من اعتراض المدين . وغاية الأمر أنه تثبت للكفيل فى هاتين الحالتين الأخيرتين دعوى شخصية أخرى مستندة الى القواعد العامة تخوله رجوعا أقل مدى مما تخوله دعوى الكفالة .

(٢) أنه لا يشترط فى مباشرتها أن يكون الكفيل قد أخطر المدين بعزمه على الوفاء قبل حصوله ، فيجوز للكفيل مباشرتها ولو لم يخطر المدين قبل الوفاء لأن عدم اخطاره المدين لا يؤثر فى حق الأخير فى التمسك بالدفوع التى كان يجوز له التمسك بها قبل الدائن .

أما الدعوى الشخصية المستندة الى الكفالة فلا بد فى مباشرتها من اخطار الكفيل المدين قبل الوفاء ، والا سقط حق الكفيل فيها اذا ترتب على عدم اخطار المدين ضرر تعادل قيمته مبلغ الدين .

(٣) أنها تجعل الكفيل يحل محل الدائن فى التأمينات الضامنة للدين خلافا للدعوى الشخصية . وهذه هى أهم مزية تحمل الكفيل على تفضيل دعوى الحلول على الدعوى الشخصية .

١٢٥ ـ مزايا الدعوى الشخصية ـ أما مزايا الدعوى الشخصية فهى :

(١) أنها تخول الكفيل حقا شخصيا مستقلا عن حق الدائن ، له صفاته وخصائصه ، ولا ترد عليه الدفوع التى كان يجوز التمسك بها ضد الدائن . فاذا كان حق الدائن مما ينقضى بتقادم قصير ، فان دعوى الكفيل الشخصية لا تسقط الا بالتقادم الطويل ، ولا يسرى هذا التقادم عليها الا من وقت نشوئها أى من وقت وفاء الكفيل بالدين .

(٢) أنه لا يشترط فى مباشرتها كما فى دعوى الحلول استيفاء الدائن جميع حقه ، فيجوز للكفيل الذى وفى بعض الدين أن يرجع بالدعوى الشخصية على المدين بما وفاه بمجرد وفائه ودون انتظار استيفاء الدائن باقى حقه .

(٣) أنها تخول الكفيل رجوعا أوسع مدى مما تخوله دعوى الحلول ، لأنها لا تقتصر على أصل الدين بل تشمل أيضا المصروفات التى أنفقها الكفيل أو التى أنفقها الدائن فى مواجهة الكفيل ، وتعطى الكفيل الحق فى الفوائد القانونية عن المبالغ التى دفعها الدائن من وقت دفعها فى حين أن دعوى الحلول لا تعطيه فوائد الا من وقت المطالبة القضائية بها وفقا للقواعد العامة .

المطلب الثـانى

رجوع الكفيل على المدينين فى حالة تعددهم

١٣٦ — احوال تعدد المدينين — اذا تعـدد المدينون فى الديـن المكفول ، فاما أن يكون الكفيل قد ضمنهم كلهم ، واما أن يكون قد ضمن بعضهم دون البعض • وفى كلتا الحالين قد يكون المدينون متضامنين أو غير متضامنين •

١٣٧ — (ا) كفالة جميع المدينين — اذا ضمن الكفيل كل المدينين ولم يكونوا متضامنين فيما بينهم ، رجع الكفيل على كل منهم بقدر نصيبه فى الدين فقط ، سواء كان رجوعه بدعوى الكفالة أو بدعـوى الحلول لأن تعدد المدينين غير المتضامنين يجعل الدين ينقسم بينهم ويجعـل كلا منهم يستقل بنصيبه من الدين ، فيكون حكم من كفلهم جميعا حكم من كفل عدة ديون متفرقة فى ذمة عدة مدينين • فاذا وفى ديونهم جميعا فكأنه وفى دين كل منهم على حدة ، وكانت له دعوى الكفالة قبل كل منهم بقدر نصيبه فى الدين ، وحل أيضا محل الدائن قبل كل منهم بقدر هذا النصيب •

أما اذا ضمن الكفيل كل المدينين وكانوا متضامنين فيما بينهـم ، كان له الرجوع على أيهم بكل الدين الذى أداه ، سواء أكان رجوعـه بدعوى الكفالة أم كان بدعوى الحلول • وذلك لأنه فيما يتعلق بدعوى الكفالة قد كفل كلا منهم فى الدين كله فتثبت له بوفاء هذا الدين دعوى شخصية قبل كل منهم بكل الدين ، وفيما يتعلق بدعوى الحلول لأنه قد

حل محل دائن كان يحق له أن يطالب كلا منهم بكل الدين • وقد نصت على ذلك المادة ٢٠٣٠ مدنى فرنسى • ولم يكن لها مقابل عندنا فى التقنين الملغى ولكن جرى العمل بحكمها باعتباره تطبيقا للقواعد العامة ، ثم نصت عليه المادة ٨٠١ مدنى حيث قضت بأنه « اذا تعدد المدينون فى دين واحد وكانوا متضامنين ، فللكفيل الذى ضمنهم جميعا أن يرجع علي أى منهم بجميع ما وفاه من الدين » • وقد تقدم أن هذا الحكم ينطبق سواء كان رجوع الكفيل بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول •

١٢٨ — (ب) **كفالة بعض المدينين** — واذا ضمن الكفيل بعض المدينين دون بعضهم وكان المدينون غير متضامنين فيما بينهم ، كان حكمه بالنسبة الى من كفلهم حكم من كفل عدة ديون متفرقة فى ذمة عدة مدينين ، فيرجع على كل واحد ممن كفلهم بقدر نصيبه فى الدين سواء كان ذلك بدعوى الكفالة أو بدعوى الحلول ، ولا يرجع على من لم يكفلهم الا اذا وفى نصيبهم من الدين • وفى هذه الحالة لا تكون له لا دعوى الكفالة ولا دعوى الحلول لأنه ليس كفيلا لهؤلاء المدينين ولا هو وفى دينا عليهم كان ملزما بوفائه عنهم ، فلا يكون رجوعه الا بالدعوى الشخصية المستندة الى القواعد العامة أى دعوى الاثراء دون سبب •

أما اذا ضمن الكفيل بعض المدينين دون بعضهم وكان المدينون متضامنين كلهم فيما بينهم ، فنفرق بين علاقة الكفيل بالمدينين الذين كفلهم وبين علاقته بالمدينين الذين لم يكفلهم •

فبالنسبة الى المدينين الذين كفلهم يكون له رجوع على كل منهم بكل الدين ، سواء أكان ذلك بدعوى الكفالة أم بدعوى الحلول • وذلك لأنه فيما يتعلق بدعوى الكفالة قد كفل كلا منهم فى كل الدين ووفاه عنه فيرجع عليه به ، وفيما يتعلق بدعوى الحلول لأنه حل محل دائن كان يحق له مطالبة كل منهم بكل الدين •

أما بالنسبة الى باقى المدينين المتضامنين الذين لم يضمنهم الكفيل ،

ملا نزاع فى أنه لا توجد بينه وبينهم صلة الكفالة وبالتالى فى أنه لا رجوع له عليهم بدعوى الكفالة • ولا نزاع كذلك فى أنه يجوز له الرجوع على كل منهم بقدر حصته فى الدين بالدعوى الشخصية المستندة الى القواعد العامة أى دعوى الاثراء دون سبب(٢٦٧) • وفوق ذلك يجوز له أن يطالبهم بالدعوى غير المباشرة باسم المدين الذى كفله ليحصل من كل منهم مقدار حصته فى الدين وفقا لقواعد الرجوع فيما بين المتضامنين(٢٦٨) • ولكن أيكون للكفيل فى هذا الفرض دعوى الحلول محل الدائن قبل أولئك المدينين الذين لم يكفلهم ؟

انقسمت الآراء فى هذه المسألة الأخيرة ، فذهب الفقه والقضاء الفرنسيان أول الأمر الى أن المادة ٢٠٣٠ مدنى فرنسى انما تخول الكفيل حق الحلول قبل المدينين الذين كفلهم دون الذين لم يكفلهم ، وأن هذا الحكم يبرره انعدام الصلة بين الكفيل وهؤلاء الأخيرين اذ أن الكفيل ليس ملزما بالدين معهم ولا ملزما بوفائه عنهم(٢٦٩) ، وأخذت بذلك محكمة النقض المصرية(٢٧٠) •

غير أن هذا الرأى مردود بأن المادة ٢٠٣٠ (وتقابلها عندنا المادة ٨٠١ مدنى) اقتصرت على تخويل الكفيل الذى ضمن جميع المدينين المتضامنين الرجوع على كل منهم بكل الدين ، ولم تعرض للكفيل الذى ضمن بعض المدينين دون بعضهم ، فتركت حكمه للقواعد العامة ، وبأنه اذا لم تكن بين الكفيل والمدينين المتضامنين الذين لم يكفلهم صلة

(٢٦٧و٢٦٨) بودرى لاكانتينرى وفاهل ج ٢٤ نبذة ١١١٩ •

(٢٦٩) من هذا الرأى أوبرى ورو الطبعة الخامسة ج ٦ نبذة ٤٢٧ والهامش ٤ ، لوران ج ٢٨ نبذة ٢٤٩ ، بلانيول الطبعة التاسعة سنة ١٩٢٣ ج ٢ نبذة ٢٣٥٩ ، ويأخذ بهذا الرأى فى القانون المصرى زميلنا الدكتور محمد على امام ص ١٥٦ و ١٥٧ •

(٢٧٠) نقض مدنى مصرى ٧ يناير ١٩٣٧ مجموعة القواعد القانونية ١ — ٦١ — ٤ ملحق القانون والاقتصاد ٧ ص ٨٠ •

مباشرة ، فان الكفيل ملزم بوفاء الدين عن المدين الذى ضمنه ، وهــذا ملتزم مع المدينين الاخرين بحكم التضامن بينهم ، فتوجد صلة غيـــر مباشرة بين الكفيل وهؤلاء المدينين ، بل ان الصلة الموجودة بينه وبين المدين الذى كفله تكفى وحدها لحلول الكفيل محل الدائن فى حقوقه قبل هذا المدين وقبل المدينين الاخرين أيضا •

لذلك عدل الفقه والقضاء الحديثان عن الرأى السابق واتجها الى القول بحلول الكفيل محل الدائن حتى بالنسبة الى المدينين المتضامنين الذين لم يضمنهم(٢٧١) • ولكنهما اختلفا من جديد فى مدى هذا الحلول•

فذهب فريق الى أنه اذا كانت المادة ٢٠٣٠ مدنى فرنسى (= المادة ٨٠١ مدنى) لا تنكر على الكفيل حلوله محـــل الدائن قبــل المدينين المتضامنين الذين لم يضمنهم ، فهى على الأقل تنكر عليه بطريق مفهوم المخالفة الحلول قبل كل من المدينين بكل الدين ، أى ان أقصى ما يمــكن استنباطه منها أنها تخول الكفيل فى هذه الحالة حلولا محل الدائن قبل كل واحد من المدينين الذين لم يكفلهم بقدر حصته فى الدين • وقد أضافوا الى ذلك أنه لو وفى الدين المدين المكفول لما جاز له الرجوع على سائر المدينين الا كل منهم بقدر حصته ، فلا يجوز أن يضار هؤلاء المدينون من وجود كفيل للمدين الأول ومن قيام هذا الكفيل بالوفاء(٢٧٢) •

على أن هذا الرأى أيضا مردود بأن المادة ٢٠٣٠ مــدنى فرنسى (والمادة ٨٠١ مدنى مصرى) لم يقصد بها مطلقا حالة كفـــالة بعض المدينين المتضامنين دون بعضهم ، فتعتبر هذه الحالة متروكا حكمهـــا للقواعد العامة ، وبأن هذه القواعد تقضى بحلول الكفيل الموفى محـــل

---

(٢٧١) انظر كولان وكابيتان جـ ٢ نبذة ٩٨٤ ، عبد الباقى نبذة ١٢٣ • محمد على امام ص ١٥٤ ، نقض فرنسى ٢٦ مايو ١٩٣٩ دالوز الاســـبوعى ١٩٣٦ ص ٣٧٩ •

(٢٧٢) انظر بودرى لاكانتينرى نبذة ١١٢٢ ، كامل مرسى نبذة ١٢٠ •

الدائن فى الدين بخصائصه وتأميناته . فيحل الكفيل محل الدائن ليس فى حقه قبل المدين المكفول وحده ، بل فى حقه قبل ذلك المدين مضمونا بتضامن الآخرين . فيجوز له مطالبة كل من هؤلاء بالدين بأكمله ، ولا يضار هؤلاء المدينون بذلك لأن الدائن نفسه كان يملكه فى مواجهة كل منهم ، كما أنه كان يملك أن يحل محله أى أجنبى يتقدم لوفاء الدين حلولا اتفاقيا فيخوله الرجوع على كل منهم بكل الدين . ولا مبرر لأن يكون مركز الأجنبى أفضل من مركز الكفيل مع ما ينبغى للأخير من رعاية خاصة(٢٧٣) .

لذلك عدل القضاء الفرنسى عن الرأى السابق وأخذ بحلول الكفيل محل الدائن قبل كل من المدينين المتضامنين فى الدين بأكمله ، سواء قبل من كفله منهم أو قبل من لم يكفلهم . وقد مال الفقه الحديث الى تأييد القضاء فى ذلك(٢٧٤) .

ولأن هذا الرأى يستند الى القواعد العامة ، نميل الى اتباعه فى القانون المصرى ما دام لا يوجد فيه نص يقضى بغيره(٢٧٥) . غير أنه لا بد من ملاحظة أنه اذا أعسر المدين المكفول ، فان الكفيل يجب فى النهاية أن يتحمل حصة ذلك المدين ، فاذا كان الاعسار محققا وقت رجوع الكفيل على المدينين غير المكفولين وجب أن يستنزل الكفيل عندئذ حصة المدين المكفول .

---

(٢٧٣) أنظر بيدان وفواران نبذة ١١٠ ، كولان وكابيتان ج ٢ نبذة ٩٨٤ .

(٢٧٤) أنظر نقض فرنسى ٢٦ مايو ١٩٣٦ دالوز الاسبوعى ١٩٣٦ ص ٣٧٩ والاحكام التى اشار اليها بيدان وفواران نبذة ١١٠ .

(٢٧٥) ومن هذا الراى زميلنا الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى فى نبذة ١٢٣ .

المبحث الثانى

أثر وفاء الكفيل

فى العلاقة ما بينه وبين غيره من الكفلاء

١٢٩ — أحوال تعدد الكفلاء — تقدم أنه اذا تعدد كفلاء الدين الواحد فى ذمة مدين واحد ، فاما أن يكونوا متضامنين فيما بينهم واما أن يكونوا غير متضامنين • وفى هذه الحالة الأخيرة اما أن تكون الكفالة قد تمت منهم جميعا بعقد واحد ، واما أن تتم بعقود متوالية •

وتقدم أيضا أنه اذا كان الكفلاء غير متضامنين وتمت الكفالة منهم بعقد واحد ، فان الدين المكفول ينقسم بينهم من وقت العقد بقوة القانون ، فلا يلتزم كل منهم الا بقدر نصيبه من الدين فى ذلك الوقت • أما اذا تمت الكفالة بعقود متتالية أو كان الكفلاء متضامنين فان كلا منهم يلتزم بكل الدين ولا يكون له الحق اذا ما طولب بالكل أن يدفع بتقسيم المطالبة بينه وبين غيره من الكفلاء •

فاذا فرض أن وفى أحد الكفلاء فى أى من هذه الفروض بكل الدين ، تعين البحث فيما يخوله هذا الوفاء من حقوق قبل غيره من الكفلاء •

١٣٠ — (أ) فى الكفالة الصادرة بعقد واحد من كفلاء غير متضامنين — اذا تعدد الكفلاء بعقد واحد ودون تضامن بينهم ، انقسم الدين عليهم ولم يلتزم كل منهم الا بقدر نصيبه من الدين وقت الكفالة • فاذا طولب أحدهم بأكثر من نصيبه ، وجب عليه أن يقتصر على الوفاء بنصيبه وأن يمتنع عن الوفاء بالباقى • فاذا لم يمتنع ، كان وفاؤه بما يجاوز نصيبه وفاء غير الملتزم ، فتبرأ به ذمة المدين وذمة سائر الكفلاء ازاء الدائن ولكن لا يترتب عليه لمصلحة الموفى ما يترتب على الوفاء الذى يصدر من كفيل ملتزم بالدين عن غيره •

وبناء على ذلك لا يكون للكفيل الذى وفى زيادة عن نصيبه أن يرجع بالزيادة على المدين لا بدعوى الكفالة المنصوص عليها فى المادة ٨٠٠ مدنى ولا بدعوى الحلول محل الدائن المنصوص عليها فى المادة ٧٩٩ مدنى ، لأن كلتا الدعويين مفروض فيهما أن الكفيل قد وفى ما هو ملزم بوفائه بصفته كفيلا • أما ما وفاه دون الزام عليه بذلك فلا يكون له رجوع به الا وفقا للقواعد العامة ولا تثبت له بشأنه الا دعوى الاثراء دون سبب(٢٧٦) •

واذا كان هذا هو أثر وفاء الكفيل ما يجاوز نصيبه فى العلاقة ما بينه وبين المدين ، فان أثر هذا الوفاء فى العلاقة ما بين الموفى وغيره من الكفلاء لا يمكن أن يكون أكثر من ذلك لانعدام الصلة المباشرة بين الموفى وهؤلاء ، ولأن هذا الوفاء لا يمكن أن يخول الموفى حقوقا قبل الكفلاء الآخرين أكثر مما يخوله قبل المدين الأصلى • بل الواقع أنه يخوله قبل كل منهم جزءا فقط مما يخوله قبل المدين الأصلى ، لأن الأخير ملتزم بكل الدين فتعود عليه الفائدة المترتبة على الوفاء كلها ويجوز الرجوع عليه بقدر هذه الفائدة كلها بدعوى الاثراء دون سبب ، وهذا دون اخلال بحق الكفيل الموفى فى الرجوع عليه بقدر نصيبه من الدين بدعوى الكفالة أو بدعوى الحلول • أما كل واحد من الكفلاء الآخرين ، فلأنه غير ملتزم الا بنصيبه فى الدين الأصلى ، لا تعود عليه من الوفاء فائدة الا بقدر هذا النصيب ، فلا يجوز الرجوع عليه بدعوى الاثراء دون سبب الا فى حدود هذا النصيب ذاته • وقد تقدم أنه يتحدد وقت الكفالة حسب عدد الكفلاء ومدى كفالتهم وأنه لا يتأثر بما يطرأ بعد ذلك من اعسار على بعض الكفلاء •

وقصارى القول انه اذا وفى الكفيل زيادة عن نصيبه فلا يكون له فيما يتعلق بهذه الزيادة رجوع على الكفلاء الآخرين الا بدعوى

---

(٢٧٦) فى هذا المعنى عبد الباقى نبذة ١٢٧ ص ٢٠٤ والهامش ٢ .

الاثراء دون سبب ، ولا يرجع على كل منهم الا بقدر نصيبه الأصلى الذى تحدد من وقت الكفالة وبقطع النظر عما طرأ بعد ذلك من اعسار بعض الكفلاء ، فيتحمل الموفى نتيجة هذا الاعسار أو يرجع بقيمتها على المدين أو على الدائن ان كان المدين نفسه معسرا ، لأن الأصل عندنا فى حالة انقسام الدين بين الكفلاء أن يتحمل الدائن نتيجة اعسار أحدهم .

١٣١ — **(ب) فى حالة تضامن الكفلاء** — اذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم التزم كل منهم بكل الدين ، ووجب على من توجه اليه المطالبة من الدائن أن يقوم بوفاء الدين كله دون ما احالة على غيره من الكفلاء أو تمسك بتقسيم المطالبة بينه وبينهم ، لأن حكم الكفلاء المتضامنين حكم المدينين بالتضامن .

فاذا وفى أحدهم كل الدين ، كان له الرجوع على الآخرين باحدى دعويين : دعوى الاثراء دون سبب ودعوى الحلول محل الدائن .

أما عن دعوى الاثراء دون سبب ، فأساسها افتقار الموفى واثراء الآخرين الذين تبرأ ذمتهم من الدين بسبب هذا الافتقار . ولا يعترض على ذلك بأن من قام بوفاء الدين كله انما وفى التزاما فى ذمته فلم يفتقر لأنه حصل بما وفاه على براءة ذمته ، اذ أن التضامن لا يلزم كلا من المتضامنين بكل الدين الا فى علاقتهم بالدائن . أما فى العلاقة بينهم فان الدين ينقسم فى النهاية عليهم بقدر عدد الموسرين منهم (المادة ٢٩٧ فقرة أولى) ، فلا يعتبر موفى الكل مستفيدا من هذا الوفاء براءة ذمته الا بقدر نصيبه ويعتبر مفتقرا بما يجاوز هذا النصيب . وبالعكس من ذلك يعتبر كل من الكفلاء الآخرين أنه قد أثرى بالقدر الذى برئت به ذمته بسبب هذا الوفاء من نصيبه فى الدين . فيجوز بناء على ذلك للكفيل الذى وفى الدين أن يرجع على الكفلاء المتضامنين معه كل منهم بقدر حصته فى الدين وبنصيبه فى حصة المعسر منهم . فلا يجوز للموفى أن يرجع بكل ما دفعه لأنه لم يفتقر الا بقدر ما وفاه زيادة عن نصيبه فى

الدين فيجب أن يستنزل عند الرجوع هذا النصيب • ويشترط فى رجوعه على كل من الآخرين بنصيبه أن يكون الوفاء قد عاد عليهم باثراء من حيث انه أبرأ ذمتهم من دين ثابت فيها • فاذا كان أحد الكفلاء الآخرين قد سقط عنه وقت الوفاء التزامه بالكفالة سواء كان سقوطه بالتقادم أو بالابراء من الكفالة أو بغيرهما فانه لا يكون قد أثرى من وفاء الموفى ولا يصح الرجوع عليه •

ويلاحظ أن رجوع الموفى على غيره من الكفلاء لا يخل بحق كل منهم فى الرجوع بدوره على المدين • فاذا ارتكب الموفى خطأ ترتب عليه سقوط حقه وحق سائر الكفلاء فى الرجوع على المدين كما اذا لم يخطر المدين بعزمه على الوفاء قبل حصوله فترتب على ذلك أن قام المدين أيضا بالوفاء من جانبه ، جاز للكفلاء الآخرين مؤاخذته على هذا الخطأ واعتباره ملزما ازاءهم بتعويض عن ضياع حقهم فى الرجوع ، ويقدر هذا التعويض بالنسبة الى كل منهم بقدر نصيبه فى الدين وتحصل المقاصة بينه وبين حق الموفى فى الرجوع على كل منهم بدعوى الاثراء دون سبب ، ويؤدى ذلك عمليا فى هذه الحالة الى رفض رجوع الموفى على غيره من الكفلاء المتضامنين معه •

اما عن دعوى الحلول ، فقد يتبادر الى الذهن أن الكفيل الموفى يحل محل الدائن فى كافة حقوقه قبل المدين وسائر الكفلاء ، فيجوز له بناء على ذلك أن يرجع على أى من الكفلاء المتضامنين بكل الدين • غير أن القول بذلك يؤدى الى الدور فى حلقة مفرغة اذ أن كل من يرجع عليه من الكفلاء ويقوم بوفاء الدين جميعه يجوز له الرجوع على غيره بكل الدين وهكذا ••• وتفاديا لذلك نص المشرع فى باب التضامن على أنه « اذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين ، فلا يجوز له أن يرجع على أى من الباقين الا بقدر حصته فى الدين ، ولو كان بما له من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن » (المادة ٢٩٧ فقرة أولى) • على أنه « اذا أعسر أحد المدينين المتضامنين تحمل تبعة هذا الاعسار المدين

الذى وفى بالدين وسائر المدينين الموسرين ، كل بقدر حصته » (المادة ٢٩٨ مدنى) .

وبناء على ذلك سواء رجع الكفيل الذى قام بالوفاء على غيره من الكفلاء بالدعوى الشخصية (دعوى الاثراء دون سبب) أو بدعوى الحلول محل الدائن ، فانه لا يرجع على كل منهم وفقا للقواعد العامة الا بقدر حصته فى الدين ونصيبه فى حصة المعسر منهم .

وقد طبق المشرع ذلك بنص خاص فى باب الكفالة حيث قرر فى المادة ٧٩٦ مدنى أنه « اذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفى أحدهم الدين عند حلوله ، كان له أن يرجع على كل من الباقين بحصته فى الدين وبنصيبه فى حصة المعسر منهم »(٢٧٧) . ويلاحظ أن هذا النص عام ينطبق حكمه سواء كان الرجوع بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول ، ولو أن الدعوى الأخيرة تمتاز على الأولى من ناحية افادة الكفيل الموفى بالتأمينات التى تكون ضامنة الوفاء بالتزام الكفيل المرجوع عليه كما اذا كان هذا الأخير قد قدم مصدقا أو رهنا .

١٣٢ ــ (جـ) فى حالة التزام كل من الكفلاء بجميع الدين دون تضامن بينهم ــ اذا تعدد الكفلاء بعقود متوالية التزم كل منهم بالدين بأكمله ولا يترتب على ذلك وجود تضامن بينهم بالمعنى الحقيقى(٢٧٨) .

---

(٢٧٧) انظر تطبيقا لذلك فى حكم القاهرة الابتدائية ١٥ يناير ١٩٤١ المحاماة ٢١ — ٦٤٧ — ٢٢٩ .

(٢٧٨) وقد تقدم ان هذه الحالة تشبه التضامن من حيث انها تجيز للدائن ان يطالب كلا من الكفلاء بالدين باكمله دون أن يستطيع من توجه اليه المطالبة ان يدفعها بالتقسيم ولكنها تختلف عنه فى انه لا يترتب عليها ما يترتب على التضامن الحقيقى من صلة مباشرة ونيابة تبادلية بين المتضامنين (راجع نبذة ٩٨) .

فاذا وفى أحدهم كل الدين ، جاز له الرجوع على المدين أو على الكفلاء الآخرين ، وكان له فى ذلك دعويان احداهما شخصية والثانية دعوى الحلول محل الدائن .

ولا نزاع فى أنه اذا كان رجوع الكفيل الموفى على غيره من الكفلاء المتضامنين معه لا يكون الا بقدر حصة كل منهم وما يخصه فى حصة من أعسر ؛ فان رجوع الكفيل الموفى على الكفلاء غير المتضامنين معه الذين اعتبر كل منهم ملزما بالدين بأكمله لمجرد صدور الكفالة منهم بعقود متوالية لا يمكن أن يكون مداه أوسع من ذلك . فيستبعد اذن بادىء الأمر أن يكون للكفيل الموفى فى هذه الحالة حق الرجوع على أى من الكفلاء الآخرين بكل الدين .

وكذلك يتعين أن يستبعد أيضا فى هذه الحالة حكم الحالة الأولى التى ينقسم فيها الدين بقوة القانون على جميع الكفلاء من وقت الكفالة بحيث يتحمل الدائن وحده خطر اعسار أى من الكفلاء بعد عقد الكفالة ، لأن القانون اذ نص على جعل الكفلاء الذين التزموا بعقود متوالية مسئولين كل منهم عن الدين كله (المادة ٧٩٢ فقرة ثانية) ، قد قصد بذلك أن يدرأ عن الدائن خطر اعسار أحد الكفلاء بعد الكفالة ، وأن يجعل هذا الخطر على عاتق الكفلاء كما فى حالة وجود تضامن بينهم وخلافا للحالة التى ينقسم فيها الدين بين الكفلاء الذين التزموا بعقد واحد .

لذلك يتعين القول بأنه اذا كان الكفلاء ملتزمين كل منهم بالدين بأكمله ولو دون تضامن بينهم فان الموفى منهم يكون له كما فى حالة التضامن أن يرجع على كل من الآخرين الموسرين بحصته الأصلية فى الدين وبما يخصه فى حصة الكفلاء الذين أعسروا .

ويستوى فى ذلك كما فى حالة التضامن أيضا أن يكون رجوعه بالدعوى الشخصية المبنية على الاثراء دون سبب أو بدعوى الحلول محل الدائن .

الباب الثالث

انقضاء الكفالة

١٣٣ — انقضاء الكفالة بصفة تبعية وانقضاؤها بصفة أصلية — تقدم أن التزام الكفيل التزام تابع يدور مع الالتزام الأصلى وجودا وعدما . فكل ما يؤثر فى الالتزام المكفول يؤثر بالتالى فى التزام الكفيل . فينقضى هذا الالتزام الأخير بصفة تبعية بجميع الأسباب التى ينقضى بها الالتزام الأول .

غير أن تبعية التزام الكفيل للالتزام المكفول لا تمنع أنه التزام مستوف جميع مقومات الالتزام وخاضع فى نشوئه وفى انقضائه للقواعد العامة ، فيجوز للكفيل مثلا أن يطعن فى عقد الكفالة بصدوره منه فى حالة نقص أهليته أو تحت تأثير عيب فى الرضا أو بأى سبب آخر من أسباب البطلان فيؤدى ذلك الى تقرير بطلان الكفالة ، ويجوز له أيضا أن يتمسك بانقضاء التزامه — بقطع النظر عن انقضاء الدين المكفول — بأى سبب من أسباب الانقضاء العامة ، ويكون انقضاء الكفالة فى هذه الحالة بصفة أصلية . وهناك أسباب خاصة بالكفالة ينقضى بها التزام الكفيل بصفة أصلية أيضا أى دون أن ينقضى الالتزام المكفول . وقد سبقت دراستها فنكتفى بالاشارة اليها فى هذا الباب(٢٧٩) .

وبناء على ذلك نخصص الفصل الأول من هذا الباب لانقضاء الكفالة بصفة تبعية والفصل الثانى منه لانقضائها بصفة أصلية .

---

(٢٧٩) راجع نبذة ٦١ .

الفصـــل الأول

انقضاء الكفالة بصفة تبعية

١٣٤ ــ أسباب انقضاء الالتزام الأصلى ــ تقتضى تبعية التــزام الكفيل لالتزام المدين أن ينقضى الالتزام المكفول وينقضى تبعا له التزام الكفيل بجميع أسباب الانقضاء العامة وهى الوفاء والتجديد والمقاصــة واتحاد الذمة واستحالة الوفاء والابراء والتقادم(٢٨٠) • غير ان كون التزام الكفيل ينشـــأ ضمانا لالتزام المدين يقتضى تعزيز فعالية التزام الكفيل فى بعض الحالات التى ينقضى فيها التزام المدين دون أن يحصل الدائن على كامل حقه وتعتبر هذه الحالات استثناء من القاعدة القاضية بأن التابع يدور مع الأصل وجودا وعدما(٢٨١) •

١٣٥ ــ (أ) الوفاء ــ الأصل أن يحصل الوفاء من المدين ، فينقضى به التزامه وينقضى أيضا تبعا له التزام الكفيل • وانما يشترط فى ذلك أن يقع الوفاء صحيحا • أما اذا كان قابلا للابطال كالوفاء بشىء غيــــر مملوك للموفى أو حصول الوفاء من ناقص أهلية ونشوء ضرر منه للموفى ، فان تقرير بطلان الوفاء يستتبع عودة الالتزام الأصلى الى الوجـــود وعودة التزام الكفيل كذلك بطريق التبعية •

ويعتبر فى حكم الوفاء من حيث قضاء الدين الأصلى العرض الحقيقى الذى يليه ايداع الدين أو أى اجراء مماثل اذا قبله الدائن أو صدر حكم

---

(٢٨٠) أنظر تبرى فى التامينات والشهر العقارى ، باريس سنة ١٩٨٨ ص ١٠١ نبذة ٧٩ ، ومارتى ورينو فى المرجع السابق ص ٤٠٦ نبــذة ٦٠٧

(٢٨١) مارتى ورينو نبذة ٦٠٧ ص ٤٠٦ .

نهائى بصحته (المادة ٣٣٩ مدنى) • ومتى تم ذلك انقضى الدين الأصلى وانقضى تبعا له التزام الكفيل • غير أن الدين الأصلى يمكن فى هـــذه الحالة أن يعود الى الوجود اذا رجع المدين فى العرض وقبل الدائن منه هذا الرجوع • وكان يجب وفقا للقواعد العامة أن تقترن عودة الديــن الأصلى بعودة التزام الكفيل ، ولكن المشرع رأى أن هذا الرجوع الذى يتم باتفاق بين الدائن والمدين لا يجوز أن يضر الكفيل الذى كسب حقا فى انقضاء التزامه ، فنص فى المادة ٣٤٠ فقرة ثانية مدنى على أن لا يكون للدائن فى هذه الحالة أن يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات ، وتبرأ ذمة الشركاء فى الدين وذمة الضامنين •

أما اذا حصل الوفاء من غير المدين ، فالغالب أن يحل الموفى محــل الدائن حلولا قانونيا أو اتفاقيا • وحينئذ لا يترتب على هـــذا الوفاء انقضاء الدين بل انتقال الحق فيه الى الموفى ، كما فى حوالة الحق تماما ، وبالتالى لا يترتب عليه انقضاء التزام الكفيل(٢٨٢) •

فاذا كان الدين ليس مكفولا الا بعضه ، وقام المدين بوفاء جــزئى للدين . فقد جرى القضاء الفرنسى على ان الموفى به يخصم من الجــزء غير المكفول من الدين ، فتظل ذمة الكفيل مشغولة بكل ما كفـــله من الدين(٢٨٣) •

أما اذا كان الكفيل قد كفل أحد دينين متميزين لنفس الدائـــن ، فالقضاء الفرنسى يطبق فى هذه الحالة نص المادة ١٢٥٦ القـــاضى بأن

---

(٢٨٢) سملر وديلبيك فى التأمينات والشهر العقارى سنة ١٩٨٩ نبذة ١٢٠ ص ١٣٧ •

(٢٨٣) نقض مدنى فرنسى ١٢ يناير سنة ١٨٥٧ دالوز الدورى ١٨٥٧ — ١ — ٢٧٨ . وما زال القضاء الفرنسى مطردا على ذلك (انظر تيـــرى فى التأمينات والشهر العقارى باريس سنة ١٩٨٨ ص ١٠٢ نبذة ٨٠) وسملر وديلبيك سنة ١٩٨٩ نبذة ١٢٧ ص ١٣٧ •

المبلغ الموفى به يخصم من الدين الذى يكون للمدين مصلحة أكبر فى الوفاء به ، ولا شك فى أن مصلحة المدين تكون فى خصم الموفى به من الدين المكفول قبل الخصم من الدين غير المكفول(٢٨٤) • لأن الخصم من الدين المكفول يبرىء ذمتين : ذمة المدين وذمة الكفيل فى حين ان الخصم من الدين غير المكفول لا يبرىء الا ذمة المدين(٢٨٥) • غير أن هذا الحكم فى كل من الحالتين لا محل له الا حيث لايتم تعيين الخصم عند الوفاء(٢٨٦)•

١٣٦ — (ب) الوفاء بمقابل — اذا قبل الدائن فى استيفاء حقه مقابلا استعاض به عن الشىء المستحق قام هذا مقام الوفاء (المادة ٣٥٠ مدنى) ، وترتب عليه انقضاء الدين المكفول بصفة أصلية وانقضاء التزام الكفيل بصفة تبعية •

ومن المسلم أن الوفاء بمقابل ليس وفاء محضا ، وانما هو تجديد للدين بتغيير محله • ويترتب على هذا التكييف وفقا للقواعد العامة أن الدين القديم ينقضى بتأميناته ويحل محله دين جديد هو الذى يتم الوفاء به فور التجديد • ولا يعود الدين القديم ولا تأميناته الى الوجود ولو استحق المقابل الذى دفعه المدين ولا يكون للدائن فى هذه الحالة الأخيرة الا أن يرجع على المدين بضمان الاستحقاق كما يكون له فى حالة وجود عيب فى المقابل أن يرجع عليه بضمان العيوب الخفية • كل هذا ما لم يطلب الدائن الحكم له بفسخ الوفاء بمقابل ذاته أى فسخ عملية التجديد كلها فيعود حينئذ الدين القديم مع تأميناته •

غير أن المشرع لم يترك للقواعد العامة أثر الوفاء بمقابل فيما يتعلق بالكفالة ، بل نص فى المادة ٧٨٣ مدنى على أنه « اذا قبل الدائن

---

(٢٨٣) تيرى فى المرجع السابق ص ١٠٣ نبذة ٨٠ .
(٢٨٥) سملر وديلبيك سنة ١٩٨٩ نبذة ١٢٧ ص ١٣٨ .
(٢٨٦) مارتى ورينو فى المرجع السابق ص ٤٠٧ نبذة ٦٠٨ .

أن يستوفى فى مقابل الدين شيئا آخر ، برئت ذمة الكفيل ، ولو استحق هذا الشىء » • وقد يبدو هذا النص أنه تطبيق للقواعد العامة المتقدمة • والواقع انه ليس كذلك الا فيما يتعلق باعماله الوفاء بمقابل فى حـالة استحقاق المقابل وتنفيذه بطريق التعويض ولكنه اذ يوجب اعمال الوفاء بمقابل فى هذه الحالة فانه يمنع بالتالى فسخه وعودة الدين القـــديم وتأميناته نظرا لما فى ذلك من أضرار بالكفيل • وهو فيما يتعلق بهذا المنع يعد استثناء من حكم القواعد العامة(٢٨٧) ، ويتعين تفسيره بدقة وعدم التوسع فى تطبيقه(٢٨٨) •

غير أن هذا الاستثناء ليس متعلقا بالنظام العام فيجــوز للدائن والمدين أن يتفقا وقت الوفاء بمقابل على أن يحتفظ الدائن بحق الفسخ فى حالة استحقاق المقابل • فاذا تحقق هذا الفرض واستعمل الدائن حقه فى الفسخ عاد الدين القديم وتأميناته بما فى ذلك التـــزام الكفيل • ولا يعترض على ذلك بأن نص المادة ٧٨٣ قد تقرر لمصلحة الكفيل وبأن فى هذا الاتفاق اضرارا بالكفيل فلا يجـــوز ، اذ ان الدائن والمدين كانا يملكان أن لا يتفقا على الوفاء بمقابل بل ان المدين كان يستطيع عـــدم الوفاء أصلا والقاء العبء على الكفيل ، فاذا هما اتفقا على الوفاء بمقابل وقيداه بشروط فان الكفيل لا يكسب من هذا الاتفاق حقا الا مقيـــدا بهذه الشروط •

ويلاحظ أن عبارة النص على الاستحقاق قد وردت مبنية للمجهول ، وأن ذلك يجعلها تتسع لجميع أحوال الاستحقاق أى سواء استحق المقابل للغير أو للكفيل نفسه • غير أنه اذا كان الكفيل يعلم وقت الوفاء بمقابل أن المقابل مستحق له ولم ينبه الطرفين الى ذلك فان سكوته يعتبر غشا يستوجب مساءلته وبالتالى يمنع براءة ذمته •

---

(٢٨٧) انظر فى ذلك تيرى فى المرجع السابق ص ١٠١ نبذة ٧٩ .
مارتى ورينو فى المرجع السابق ص ٤٠٧ نبذة ٦٠٨ .

(٢٨٨) سملر وديلبيك سنة ١٩٨٩ نبذة ١٢٨ ص ١٣٨ .

١٣٧ — (ج) التجديد — تقضى المـــادة ٣٥٦ مدنى بأن « يترتب على التجديد أن ينقضى الالتزام الأصلى بتوابعه وأن ينشأ مكانه التـــــزام جديد • ولا ينتقل الى الالتزام الجديد التأمينات التى كانت تكفل تنفيذ الالتزام الأصلى الا بنص فى القانون أو الا اذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت الى ذلك » ، أى أن الأصـــل فى التجديد أنه يقضى الدين القديم وتوابعـــــه ، فتنقضى الكفالة تبعـــا لانقضائه •

واذا كانت الفقرة الثانية من هذه المادة قد أجازت انتقال التأمينات الى الدين الجديد باتفاق المتعاقدين ، فان المادة ٣٥٨ قد اشـــترطت فى انتقال الكفالة الى الدين الجديد رضا الكفيل بذلك • غير ان ذلك لا ينفى انقضاء كفالة الدين القديم بتجديد الدين ، بل يؤيد حصـــول هـــذا الانقضاء وينشىء كفالة أخرى برضا الكفيل بالتحديد أى كفالة ضامنة الدين الجديد(٢٨٩) •

١٣٨ — (د) المقاصة — اذا أصبح المدين الأصلى دائنا لدائنـــــه وقعت المقاصة بين الدينين بقوة القانون بقدر الأصغر منهما ، فينقضى بذلك الدين المكفول كله أو بعضه حسب الأحوال وينقضى تبعا له التزام الكفيل كله أو بعضه •

ومع أن المقاصة تقع بقوة القانون فانه لا بد أن يتمسك بها المدين أو من له مصلحة فيها (المادة ٣٦٥ فقرة أولى مدنى) ، فلا يجوز للمحكمة أن تقضى بها من تلقاء نفسها • وبناء على ذلك يجوز للكفيل أن يتمســـك بالمقاصة الحاصلة بين دين المدين الأصـــــلى ودين الدائن له ، ولو لم يتمسك بها الدائن أو المدين بل ولو نزلا صراحة عن التمسك بها(٢٩٠) •

---

(٢٨٩) سملر وديلبيك سنة ١٩٨٩ نبذة ١٣٢ ص ١٤٢ .
(٢٩٠) مارتي وربنو فى المرجع السابق ص ٤٠٧ نبذة ٦٠٨ .

١٣٩ — (هـ) **اتحاد الذمة** — نصت المادة ٣٧٠ مدنى على أنه « اذا اجتمع فى شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة الى دين واحد . انقضى هذا الدين بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة • — واذا زال السبب الذى أدى لاتحاد الذمة ، وكان لزواله أثر رجعى ، عاد الدين الى الوجود هو وملحقاته بالنسبة الى ذوى الشأن جميعا ، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن » •

وبناء على ذلك اذا ورث الدائن المدين المكفول أو ورث المدين الدائن فان الدين المكفول ينقضى باتحاد الذمة وينقضى تبعا له التزام الكفيل •

غير أنه اذا زال سبب اتحاد الذمة ، كأن ظهر وارث أقرب من الدائن أو المدين ، فان زواله يترتب عليه عودة الدين المكفول الى الظهور وعودة الكفالة كذلك •

١٤٠ — (و) **استحالة الوفاء** — اذا انقضى الدين المكفول لاستحالة الوفاء به ، كما اذا تعهد المدين بالقيام بعمل فى موعد معين ثم حالت قوة قاهرة دون اجراء هذا العمل فى الميعاد ، انقضى تبعا لذلك التزام الكفيل • أما اذا استحال الوفاء دون أن يكون ذلك راجعا الى سبب أجنبى ، فان التزام المدين يستحيل الى تعويض ويكون الغرض من الكفالة ضمان هذا التعويض وبخاصة اذا كان العمل المتعهد به قد قصد أن يقوم به المدين شخصيا ، فلا تنقضى الكفالة حينئذ الا بوفاء التعويض •

١٤١ — (ز) **الابراء** — اذا أبرأ الدائن مدينه من الدين ، انقضى الالتزام الأصلى وانقضى تبعا له التزام الكفيل • واذا تقرر بطلان الابراء عاد الدين الأصلى الى الوجود وعاد تبعا له التزام الكفيل •

غير أن ابراء المدين المفلس من جزء من دينه نتيجة للصلح معه concordat لا يعتبر ابراء حقيقيا بل يتخلف عنه التزام طبيعى فى ذمة المفلس • ولا يترتب عليه انقضاء التزام الكفيل لأن الغرض من الكفالة

هو قيام الكفيل بالوفاء فى مثل هذه الحالة التى يتعــذر فيها على الدائن كامل حقه من المدين ، ولأن صلح الدائن مع المدين لم يقصد به التبرع للمدين وانما قصد به تفادى اجراءات الافلاس والتصـــــفية التى من شأنها زيادة مركز المدين سوءا واضعاف احتمال حصـــول الدائن على كامل حقه . لذلك نصت المادة ٣٥٩/٣٤٩ تجـــارى على أن « للمداين مطالبة الشركاء فى الدين بتمام دينه ولو حصل الصلح مع المفلس » . وتشمل عبارة الشـــركاء فى الدين les co-obligés الـــكفلاء والمدينين المتضامنين .

١٤٣ — (ح) **التقادم** — اذا انقضى الدين المكفول بالتقادم ، انقضى تبعا له التزام الكفيل ولو كانت مدة التقادم الخاصة به لم تتم .

ولا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها ، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب الكفيل ولو نزل المدين عن التمسك به (المادة ٣٨٧ فقرة أولى) .

الفصل الثانى

انقضاء الكفالة بصفة أصلية

١١٣ — أسباب الانقضاء العامة — ينقضى التزام الكفيل بصفة أصلية بكافة أسباب الانقضاء التى ينقضى بها أى التزام آخر • فينقضى بوفاء الكفيل الدين المكفول ، سواء كان الوفاء بذلك الدين عينا أو وفاء بمقابل ، وسواء قبل الدائن الوفاء أو اضطر الكفيل لن يسلك فى سبيل ذلك اجراءات العرض والايداع • وينقضى أيضا بالتجديد سواء أكان ذلك باستبدال التزام أصلى بالالتزام التابع ، أم كان باستبدال كفيل بكفيل أو باستبدال أى تأمين آخر بالكفالة •

وكذلك ينقضى التزام الكفيل بصفة أصلية من طريق المقاصة اذا صار الكفيل دائنا للدائن بما يعادل الالتزام المكفول ، ويجوز للكفيل أن يتمسك بهذه المقاصة فى أى وقت ، ولكن لا يجوز للدائن ذلك الا اذا لم يكن للكفيل أن يتمسك بالدفع بعدم جواز مطالبته قبل مطالبة المدين أو بالدفع بالتجريد أو كان له الحق فى التمسك بهما واستنفد حقه دون جدوى ، لأنه ما دام للكفيل أن يتمسك بأحد هذين الدفعين فان التزامه لا يعتبر حال الأداء وبالتالى لا يعتبر صالحا للمقاصة به •

وتنقضى الكفالة بصفة أصلية أيضا باتحاد الذمة كما اذا ورث الكفيل الدائن أو العكس •

وتنقضى أخيرا بالتقادم الخاص بها وبقطع النظر عن تقادم الدين المكفول •

وقد جعل المشرع الفرنسى التزام الكفيل كالتزام المدين المتضامن من حيث ان الاجراءات التى نقطع التقادم ضد المدين تقطعها أيضا ضد الكفيل (المادة ٢٢٥٠ مدنى فرنسى) • أما المشرع المصرى فقد نص فى التقنين الملغى على أن الاجراءات التى تقطع التقادم بالنسبة الى أحد المدينين المتضامنين تسرى على الباقين (المادة ١١٠/١٦٦) ولم ينص على مثل ذلك فى باب الكفالة • بل ان التقنين الحالى لم يأخذ بذلك حتى بالنسبة الى المدينين المتضامنين اذ نص فى المادة ٢٩٢ فقرة ثانية منه على أنه اذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة الى أحد المدينين المتضامنين ، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقى المدينين • ولم ير داعيا للنص على مثل ذلك فى باب الكفالة اكتفاء بالقواعد العامة ، وهى تقضى بأن التزام الكفيل ينقضى بصفة أصلية بتقادم مستقل عن تقادم الدين المكفول فلا يتأثر تقادمه بما يقطع تقادم الدين المكفول • فيمكن أن يسقط التزام الكفيل بالتقادم دون أن يسقط التزام المدين الأصلى • أما اذا انقضى الدين الأصلى بالتقادم ولم تكن مدة تقادم التزام الكفيل قد تمت فان التزام الكفيل لا ينقضى بصفة أصلية ولكنه ينقضى بصفة تبعية نتيجة لانقضاء الدين المكفول(٢٩١) •

١٤٤ — أسباب الانقضاء الخاصة بالكفالة — ترجع هذه الأسباب الخاصة لانقضاء الكفالة الى طبيعة التزام الكفيل باعتبار الكفيل ملتزما عن المدين التزاما أريد به أن يكون ضمانا احتياطيا للدائن فى حالة عدم كفاية أموال المدين للوفاء بدينه ومن شأن الوفاء به أن يخول الكفيل حق الرجوع على المدين • أو الى ارادة الكفيل • فاذا قصد الكفيل وضع حد لكفالته بأجل معين أو غير معين ، فتنقضى الكفالة بصفة أصلية بحلول هذا الاجل • وقد يكون هذا القصد صريحا أو ضمنيا • فاذا

---

(٢٩١) أنظر تيرى فى التأمينات والشهر العقارى باريس سنة ١٩٨٨ ص ١١٤ نبذة ٨٤ .

كفل شخص ديون تاجر بدون تعيين أجل صريح لذلك ، فمن الممكن أن تعتبر الكفالة مقصورة على الديون التى يلتزم بها التاجر المكفول حال حياته ، ولا تشمل الديون التى يلتزم بها ورثته من بعده اذا خلفوه فى مباشرة تجارته(٢٩٢) • واذا أهمل الدائن فى مطالبة المدين اهمالا ترتب عليه تعذر تحصيل الدين كله أو بعضه من أموال المدين أو اذا أضاع شيئا من التأمينات الضامنة للدين ، برئت ذمة الكفيل بقدر الضرر الذى أصابه من اهمال الدائن فى الحالة الأولى (راجع نبذة ٦٠و٦٦) ، وبقدر قيمة التأمين الذى أضاعه الدائن بخطئه فى الحالة الثانية (أنظر نبذة ٦٨ الى ٧٣) •

ويعتبر اهمال الدائن فى مطالبة ادين ونشوء ضرر من ذلك للكفيل ، وكذلك اضاعة الدائن بخطئه شيئا من التأمينات الضامنة للدين المكفول سببين خاصين لانقضاء التزام الكفيل بصفة أصلية • وقد تقدمت دراستهما فنكتفى فى شأنهما بالاحالة الى ما تقدم •

وكذلك تنقضى الكفالة بصفة أصلية من طريق الغاء الكفيل اياها حيث يكون الكفيل قد التزم دون تحديد نهاية لالتزامه أو يكون حدد لالتزامه نهاية ولكنه احتفظ لنفسه صراحة بالحق فى الغاء التزامه قبل حلول الاجل الفاسخ له •

وينقضى التزام الكفيل بصفة أصلية أيضا بوفاة الكفيل بالنسبة للديون التى يلتزم بها المدين بعد وفاة الكفيل ، اذ لا يجوز أن يلزم الكفيل ورثته بالديون التى نشأت بعد وفاته فى ذمة المدين الأصلى(٢٩٣)•

« انتهى بعون الله وتوفيقه »

---

(٢٩٢) مارتى ورينو فى المرجع السابق ص ٤١٢ نبذة ٦١٤ •
(٢٩٣) مارتى ورينو فى المرجع السابق ص ٤١٤ نبذة ٦١٦ •

للمؤلف

اولا ــ الكتب :

(ا) باللغة العربية :

١ ــ فى نظرية دفع المسئولية المدنية ، رسالة الدكتوراه سنة ١٩٣٦ .

٢ ــ اصول الاثبات فى المواد المدنية ، الطبعة الاولى سنة ١٩٤٨ ، الطبعة الثانية ، سنة ١٩٥٢ .

٣ ــ عقد البيع (بالاشتراك مع الاستاذ الدكتور محمد على امام) سنة ١٩٥٣ .

٤ ــ موجز المدخل للعلوم القانونية ، سنة ١٩٥٣ .

٥ ــ شرح عقد الايجار ، الطبعة الاولى سنة ١٩٥١ الطبعة الثانية سنة ١٩٥٤ والثالثة سنة ١٩٦٨ .

٦ ــ الفعل الضار ، الطبعة الاولى ١٩٤٨ ، الطبعة الثانية سنة ١٩٥٦ .

٧ ــ دروس فى المسئولية المدنية مع التعمق (لطلبة الدارasات العليا) ١٩٥٤ ــ ١٩٥٥ .

٨ ــ نظرية العقد ، سنة ١٩٥٦ .

٩ ــ موجز اصول الاثبات ، سنة ١٩٥٧ .

١٠ ــ احكام الالتزام ، سنة ١٩٥٧ .

١١ ــ موجز البيع والايجار ، سنة ١٩٥٨ .

١٢ — المسئولية المدنيــة فى قوانين البــلاد العربية ، جزآن سنة ١٩٥٨ و ١٩٦٠ .

١٣ — التامينات العينية ، الطبعـة الاولى سنة ١٩٥١ ، الطبعـة الثانية سنة ١٩٥٩ .

١٤ — عقد الكفالة ، الطبعة الاولى سنة ١٩٥١ ، الطبعة الثـانية سـنة

١٥ — اصول الالتزامات ، الجزء الاول ، مصادر الالتزام ، سـنة ١٩٦٠

١٦ — الفعل النافع ، سنة ١٩٦٠ .

١٧ — الاثراء على حساب الغير فى تقنينات البلاد العربيــة ، الجزء الاول فى الاحكام العامة سنة ١٩٦١ ، والجزء الثانى فى قبض غير المستحق سنة ١٩٦٢ ، والجزء الثالث فى الفضالة سنة ١٩٦٣ .

١٨ — شرح القانون المدنى : مجموعة من اربعة اجزاء ، صــدر منهـا الجزء الاول فى المدخل للعلوم القانونية وشرح البـاب التمهيدى من التقنين المدنى سنة ١٩٦٧ ، والجزء الثانى فى الالتزامات والاثبـات سنة ١٩٦٤ ، والجزء الثالث المجلد الاول فى عقـد البيـع سـنة ١٩٦٨ . والمجلد الثانى فى عقد الايجار سنة ١٩٦٨ .

١٩ — الادلة الخطية واجراءاتها فى تقنينات البلاد العربية سـنة ٩٦٧، .

٢٠ — مسئولية الراعى المفترضة عن فعل المرحى (دراسة فى القانون المدنى مع التعمق والمقارنة بين القـانون الفرنسى وقوانين البـلاد العربية) ، سنة ١٩٦٧ .

٢١ — شرح قانون ايجار الاماكن ، الطبعة الاولى سنة ١٩٥١ والثـانية سنة ١٩٥٤ ، والثالثة سنة ١٩٥٦ ، والرابعة سنة ١٩٦٤/١٩٦٦ والخامسة سنة ١٩٧٠ ، والسادسة سنة ١٩٧٣ ، والسـابعة فى جزئين سنة ١٩٧٧ وسنة ١٩٧٨ والثامنة سـنة ١٩٨٢ و ١٩٨٣ والتاسعة سنة ١٩٩٠ و ١٩٩٢ .

٢٢ — الاقرار واليمين واجراءاتهمـا فى تقنينـات البـلاد العربية سنة ١٩٧٠ .

٢٣ — شهادة الشهود وحجية الشيء المحكوم فيه والخبرة والمعاينة فى تقنينات البلاد العربية سنة ١٩٧٣ .

٢٤ — قواعد تقييد الادلة واطلاقتها سنة ١٩٧٤ .

٢٥ — المسئولية المدنية فى قوانين البلاد العربية ، طبعة موسعة الجزء الاول فى الاحكام العامة سنة ١٩٧١ . والجزء الثانى فى المسئوليات المفترضة سنة ١٩٧٣ .

٢٦ — دروس فى فلسفة القانون القيت على طلبة الدراسات العليا بجامعتى بغداد وعين شمس ١٩٦٩ — ١٩٧٤ .

(ب) باللغة الفرنسية :

27. Essai d'une théorie générale sur les causes légales d'exonération de la responsabilité civile, thèse, Le Caire, 1936. (*pdréfacée padr M. le pdrof. Léon Mazaaudr*)

28. Introduction à l'étude du Droit Civil (avec la collaboration de M. le podrf.Ch. Chehata), 1938.

29. Les obligations, Tome I, Le Contrat (1947).

30. Le louage de choses, 1947.

31. Le Contrat de vente, 3ème édition, 1960.

ثانيا — البحوث والمقالات :

(أ) باللغة العربية :

٣٢ — مسئولية الطبيب ومسئولية ادارة المستشفى (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة ، عدد يناير ١٩٣٧) اعيد نشره فى مجموعة بحوث وتعليقات على الاحكام سنة ١٩٨٧ ص ٣١٠ وما بعدها)

٣٣ — تعليقات على ثمانية احكام فى المواد المدنية المختلفة (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة ، عدد ابريل ١٩٣٧) اعيد نشره فى مجموعة بحوث وتعليقات على الاحكام سنة ١٩٨٧ ص ١٦٨ وما بعدها .

٣٤ — تعليقات على ثمانية احكام فى المسئولية المدنية (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة ، عدد مارس ١٩٣٧) اعيد نشره فى فى مجموعة بحوث وتعليقات على الاحكام سنة ١٩٨٧ .

٣٥ — مسئولية الاب عن اعمال ولده ومقدار ارتباطها بسن الولد (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة ، عدد مايو ١٩٣٧) واعيد نشره فى مجموعة بحوث وتعليقات على الاحكام سنة ١٩٨٧ .

٣٦ — تعليقات على ستة احكام فى اسئولية المدنية (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة ، عدد نوفمبر ١٩٣٧) اعيد نشره فى مجموعة بحوث وتعليقات على الاحكام ١٩٨٧ .

٣٧ — فى تعيين مدى مسئولية السيد عن فعل تابعه (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثالثة عشرة ، عدد يناير وفبراير ١٩٤٣) اعيد نشره فى مجموعة بحوث وتعليقات على الاحكام سنة ١٩٨٧ .

٣٨ — تعليقات على ستة احكام فى المسئولية المدنية (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثالثة عشرة ، عدد يناير وفبراير ١٩٤٣) اعيد نشره فى مجموعة بحوث وتعليقات على الاحكام سنة ١٩٨٧ .

٣٨ — تعليقات على ستة احكام فى المسئولية المدنيــة (مجلة القــانون والاقتصاد ، السنة الثالثة عشرة ، اعداد مارس وابريل ومايــو ١٩٤٣) . اعيد نشرها فى مجموعة بحوث وتعليقات على الاحـــكام سنة ١٩٨٧ .

٣٩ — قوة المحررات العرفية فى الاثبات وحجيـــة تاريخهـا على الوارث الذى يطعن فيها بصدورها فى مـــرض ألموت (مجلة القـــانون والاقتصاد السنة الرابعة عشرة ، عددى مارس ومايو ١٩٤٤) ، اعيد نشره فى مجموعة بحوث وتعليقات على الاحكام ســـنة ١٩٨٧ ص ٥٤٣ وما بعدها .

٤٠ — تكييف الفعل الضـــار واختصاص المحـاكم الجنائيـــة بالدعـــاوى المدنيـــة واثر حـكم البراءة فى دعـــوى التعـويض (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الخامسة عشرة ، عددى يناير ومارس ١٩٤٥) . اعيد نشره فى مجموعـــة بحـــوث وتعليقـــات على الاحـكام سنة ١٩٨٧ ص ١٠٦ وما بعدها .

٤١ — مسئولية المتبوع بوجه عام ومسئولية المتبوع العرضى بوجه خـاص (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الخامســة عشـرة ، عـددى نوفمبر وديسمبر ١٩٤٥) . اعيد نشره فى مجموعة بحوث وتعليقـات على الاحكام سنة ١٩٨٧ ص ٣٩٠ وما بعدها .

٤٢ — متى تنتهى مسئولية الأب المفترضة عن افعال ولده ؟ (مجلة القـانون والاقتصاد ، عدد مارس ١٩٤٦) . اعيد نشره فى مجموعة بحـوث وتعليقات على الاحكام سنة ١٩٨٧ ص ٣٤٠ وما بعدها .

٤٣ — تعليقات على خمسة أحكام فى المواد المدنيـــة (مجلة القـــانون والاقتصاد ، السنة السابعة عشرة ، عدد يونية ١٩٤٧) . اعيـد نشره فى مجموعة بحوث وتعليقات على الاحكام سنة ١٩٨٧ .

٤٤ — انتقال حق التعويض الى ورثة المجنى عليـــه (مجلة القـــانون والاقتصاد ، السنة الثامنة عشرة عدد مارس ١٩٤٨) . اعيد نشره فى مجموعة بحوث وتعليقات على الاحكام سنة ١٩٨٧ ص ٣٦٤ .

٤٥ — تعليقات على اربعة احكام فى المسئولية المدنيــة (مجلة القــانون

والاقتصاد السنة التاسعة عشرة ، عدد مارس ويونيه ١٩٤٩) .
اعيد نشره فى مجموعة بحوث وتعليقات على الاحكام سنة ١٩٨٧ .

٤٦ — تعليق على حكم لمحكمة النقض فى المسئولية عن اصابات العمل (مجلة التشريع والقضاء ، السنة الاولى ١٩٤٩ ، العدد الخامس عشر) .

٤٨ — المسئولية عن فعل الغير والمسئولية الناشئة عن الاشياء فى التقنين المدنى الجديد (مجلة التشريع والقضاء ، السنة الاولى ١٩٤٩ ، العدد السادس عشر) . اعيد نشره فى مجموعة بحوث وتعليقات على الاحكام سنة ١٩٨٧ ص ٥٠٨ وما يليها .

٤٩ — المسئولية العقدية عن حوادث نقل الركاب ، تعليق على حكم استئناف الاسكندرية (مجلة التشريع والقضاء ، السنة الثانية ١٩٥٠ ، العدد الخامس عشر) . اعيد نشره فى مجموعة بحوث وتعليقات على الاحكام سنة ١٩٨٧ .

٥٠ — تعليق على حكم لمحكمة النقض فى انتقال حق المضرور فى التعويض عن الضرر الادبى الى ورثته (مجلة التشريع والقضاء ، السنة الرابعة ١٩٥٣ ، العدد ١٣) .

٥١ — تعليق على حكم لمحكمة النقض فى تعيين السبب فى دعوى المسئولية المدنية (مجلة التشريع والقضاء ، السنة الرابعة ١٩٥٣ ، العدد ١٤)

٥٢ — تعليق على حكم لمحكمة النقض فى اختصاص المحكمة الجنائية بدعوى التعويض عن الاخلال بالعقد (مجلة التشريع والقضاء ، السنة الرابعة ١٩٥٣ ، العدد ١١) .

٥٢ — تعليق على حكم مصر الابتدائية (ايجارات) فى عدم جواز الطعن فى الاحكام بدعوى بطلان مبتداة (مجلة التشريع والقضاء ، السنة السادسة ، سنة ١٩٥٤ ، العدد ١٦) .

٥٤ — تعليق على حكم مصر الابتدائية (عمال) فى حق رب العمل فى اعادة تنظيم عمله بسبب ازمة اقتصادية وحقه فى فصل العامل

لهذا السبب (مجلة التشريع والقضاء السنة السادسة ، ١٩٥٣ ، العدد الثانى) .

٥٥ — تعليق على حكم ابتدائى مصر (ايجارات) فى حق المالك فى طلب الاخلاء للهدم واعادة البناء بشكل أوسع وضرورة تقيده فى ذلك بانتهاء مدة العقد (مجلة التشريع والقضاء ، السنة السادسة ، ١٩٥٤ العدد ٥) .

٥٦ — بعض ملاحظات واقتراحات متعلقة بنصوص التقنين المدنى بمناسبة الشروع فى توحيد القانونين المصرى والسورى (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة التاسعة والعشرين ، ١٩٥٩) ، اعيد نشرها فى مجموعة بحوث وتعليقات على الاحكام سنة ١٩٨٧ ص ٦٧٠ .

٥٧ — فى مسئولية الناقل الجوى للركاب (تعليقات على حكمين : استئناف ٢١ مايو ١٩٥٧ ونقض ١٥ مايو ١٩٥٨) ، مجلة ادارة قضايا الحكومة ، السنة الثالثة ، العدد الثانى . اعيد نشرها فى مجموعة بحوث وتعليقات على الاحكام سنة ١٩٨٧ ص ٣٤٨ .

٥٨ — نظرية وضع المصالح فى كتاب الدكتور ثروت انيس الاسيوطى ، مجلة القانون والاقتصاد السنة الحادية والثلاثون ١٩٦١ ص ١٧٣ وما بعدها .

٥٩ — القانون المصرى الجديد للاثبات ومقارنته بقوانين البلاد العربية ، مجلة معهد البحوث والدراسات العربية السنة الاولى سنة ١٩٦٩

٦٠ — فى ضبط معيار الخطأ ، مجلة « المحامون » التى تصدرها نقابة المحامين بدمشق سنة ١٩٧٠ . اعيد نشره فى مجموعة بحوث وتعليقات على الاحكام سنة ١٩٨٧ ص ٣ وما بعدها .

٦١ — التشريع المصرى الجديد لتنظيم ايجار الاماكن (القانون ١٩٦٩/٥٢) مجلة معهد البحوث والدراسات العربية ، المجلد الثانى سنة ١٩٧٠) .

٦٢ — القانون المدنى العربى الموحد ، (تقرير اعد بتكليف من جامعة الدول العربية) ، منشور فى مجلة القضاء والتشريع بتونس سنة ١٦ عدد ١٠ بتاريخ ديسمبر ١٩٧٤ ومجلة القضاء العراقية بعدد السنة الحادية سنة ١٩٧٦ ص ٢٥ الى ص ٥٣ . اعيد نشره فى مجموعة بحوث وتعليقات على الاحكام سنة ١٩٨٧ ص ٦٨٠ وما بعدها .

(ب) باللغة الفرنسية :

٦٣ — نظرية الهلاك فى القانونين المصرى والفرنسى المقارنين (مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة ، عدد ديسمبر سنة ١٩٣٦) .
ترجم الى اللغة العربية ونشرت الترجمه فى مجموعة بحوث وتعليقات على الاحكام سنة ١٩٨٧ ص ٦٠٣ وما بعدها .

La question des risques en Drdoit Egyptien et en Droit français comparés; (Al Qanoun wal Iqtisad) VIe année, 1936, PP. 322 à 351.

٦٤ — وحدة المحل والسبب فى الدعوى عند بحث دفع الدعوى بسبق الفصل فيها ، مجلة القانون والاقتصاد السنة ١٩٨ ص

٦٥م — اقتراح حل ازمة السكن عن طريق الرجوع التدريجى الى قواعد القانون المدنى ، مجلة المحاماة .

٦٦ — نظرية الصالح المختلط ونظرية التفرع والتبعية امام محكمة النقض المصرية (مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة ، عدد نوفمبر سنة ٩٣٦) .

La théorie de l'intérêt mixte et celle de l accessoire devant la Cour de Cassation égyptienne (Al Qanoun Wal Iqtisad. VIe année, 1936).

٦٧ — التزام النفقات فى القانون المختلط (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة ، عدد فبراير سنة ١٩٣٧) .

De l'obligation aiimentaire en Droit mixte, (Al Qanoun Wal Iqtisad, VIIe année 1937, pp. 96 à 109).

٦٨ — المسئولية عن الاشياء فى القانون المصرى ، تقرير مقدم للمؤتمر الثانى للقانون المقارن ، (مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة ، عدد مايو ١٩٣٧) .

La responsabilité du fait des choses en droit égyptien. Rapport présenté au 2éme Congrés International de Droit comparé tenu à la Haye en 1937, (Al Qanoun Wal Iqtisad, VIIe année 1937), pp. 313-327.

٦٩ — مقال فى اسباب دفع المسئولية المدنية (مجلة مصر القضائية ، السنة الخامسة ، سنة ١٩٣٦ ، العدد رقم ١٥٨) ، نشرت ترجمته فى مجموعة بحوث وتعليقات على الاحكام سنة ١٩٨٧ ص ٥٢٢ .

Aperçu des causes légales, d'evonération de la responsabilité civile (L'Egypte udiciaire D'eme année, 1936, nn.15, pp.313-327.

٧٠ — مقال فى ضرورة اخضاع المحاكم المختلطة لرقابة محكمة النقض المصرية (مجلة مصر القضائية ، السنة السادسة ، سنة ١٩٣٨ ، العدد ١٥٣) .

De la nécessité de saumettre les Tribunaux Mixtes au contrôle de la Cour de Cassation égyptienne, (L'Egypte Judiciaidre, VIe année 1937, No. 153).

٧١ — مقال فى فضل بعض نظم الشريعة الاسلامية على ما يقابلها من نظم القوانين الحديثة (مجلة مصر القضائية ، السنة السادسة سنة ١٩٣٧ ، العدد ١٥٤) . نشرت ترجمته باللغة العربية فى مجموعة بحوث وتعليقات على الاحكام سنة ١٩٨٧ ص ٦٤٢ .

De la supériorité de certaines institutions du Droit Musul. mal sur celles des lègislations modernes (L'Egypte Judiciaire, VIe annéi 1937, No. 154).

٧٢ — تقرير عن التقنين المدنى الجديد ، مصادره وميزاته ووظيفته فى توحيد قوانين بلاد الشرق الادنى (مجلة القانون والاقتصاد ، عدد سبتمبر وديسمبر ، سنة ١٩٥٢) .

Le nouveau Code Civil égyptien (sources, caractéristiques et possibilités d'avenir), Rapport présenté au Symposium International de Sciences Sociales tenu à Athènes en 1952, (Al Qanoun Wal Iqtisad, XXIIème année, 1952, pp. 239 à 264.

٧٣ — الخبرة بين المسئوليتين العقدية والتقصـــــيرية امام محـــكمة النقض المصرية .

La Cour de Cassation égyptienne contre le cumul des responsabilités Contractuelle et délictuelle, Proche — Orient, Etudes Juridiques, Beyrouth 1969.

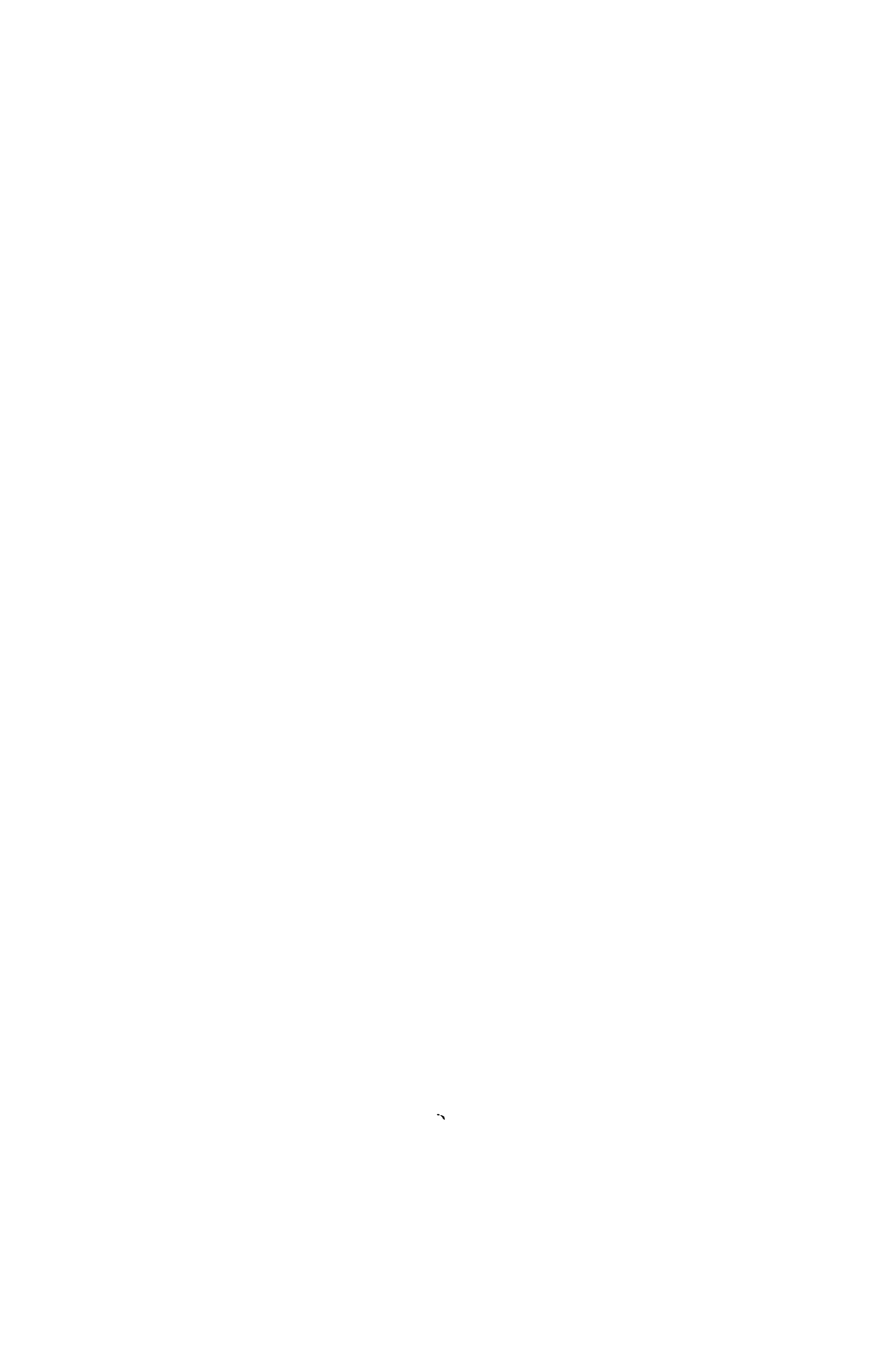
نشرت ترجمته بالعربية فى مجموعة بحوث وتعليقات على الاحـــكام سنة ١٩٨٧ ص ٥٠ وما يليها .

٧٤ — التشريع المصرى الجديد لتنظيم ايجار الاماكن .

La nouvelle loi égyptienne sur les baux à loyer.

مجلة معهد البحوث والدراسات العربيـــة ، المجـــلة الثانى ، سنة ١٩٧٠ .

٧٥ — وحدة المحل والسبب كشرط لقبول الدفع بسبب الفصل فى الدعوى وتطبيق ذلك على زيادات الاجرة المقررة بالقوانين الاستثنائيـــة (تعليق على حكم نقض ايجارات ٣٠ مارس سنة ١٩٨٨ فى الطعن رقم ١٦٠٦ سنة ٥٠ ق) ، مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٩٠ العدد الخامس ص ٩٥ الى ص ١٢٣ .



فهرس الكتاب

صفحة

فصل تمهيدى

تعريف الكفالة وخصائصها وأنواعها

صفحة

البـــاب الأول

أركان الكفـــالة

الفصل الأول

ركن الرضـــا

الفصل الثانى

محـــــل الكفـــالة

(أو ضمان الوفاء بالتزام المكفول)

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الفصل الثانى

آثار الكفالة المترتبة على وفاء الكفيل دين الدائن

حق الكفيل الموفى فى الرجوع على المدين وعلى الكفلاء الآخرين

المبحث الأول ــ أثر وفاء الكفيل فى العلاقة ما بينه وبين المدين

المطلب الأول ــ رجوع الكفيل على المدين اذا كان المدين واحدا

١ ــ الرجوع بالدعوى الشخصية

(اولا) الدعوى الشخصية المستندة الى الكفالة

الصفحة

الصفحة

الباب الثالث

انقضاء الكفالة

الفصل الأول

انقضاء الكفالة بصفة تبعية

الفصل الثانى

انقضاء الكفالة بصفة أصلية

رقم الايداع بدار الكتب المصرية

٢١٢٧ / ١٩٩٣

كتب أخرى للمؤلف

الدكتور سليمان مرقس

مجموعة « الوافى » فى شرح القانون المدنى تتضمن شرحا مبسطا لجميع موضوعات القانون المدنى مزودا بأحدث آراء الفقه وأحكام القضاء .

ويشمل « الوافى » الأجزاء والمجلدات الآتية التى ظهرت أو تظهر تباعا .

« الوافى » فى شرح القانون المدنى

الجزء الأول : شرح الباب التمهيدى للقانون المدنى سنة ١٩٨٧ .

الجزء الثانى : الالتزامات ، ويشمل أربعة مجلدات :

المجلد الأول : نظرية العقد والإدارة المنفردة سنة ١٩٨٧ .

المجلد الثانى : الفعل الضار والمسئولية المدنية ، ويشمل قسمين :

القسم الأول : فى الأحكام العامة للمسئولية المدنية سنة ١٩٨٨ .

القسم الثانى : فى المسئولية المفترضة سنة ١٩٨٩ .

الجزء الثالث : **المجلد الأول** : فى عقد البيع سنة ١٩٩٠ .

المجلد الرابع : أحكام الالتزام سنة ١٩٩٢ .

الجزء الثالث : **المجلد الأول** : فى عقد البيع سنة ١٩٩٠ .

المجلد الثانى : عقد الإيجار ١٩٩٣ .

المجلد الثالث : عقد الكفالة ١٩٩٤ .

المجلدات الرابع والخامس والسادس : فى سائر العقود المسماة وهذا موضعها من « الوافى » ستظهر تباعا فى الأعوام القريبة

الجزء الرابع : الحقوق العينية .

المجلد الأول : الحقوق العينية الأصلية (تحت الإعداد) .

المجلد الثانى : الحقوق العينية التبعية ، أو التأمينات العينية ، مطبوع طبعة ثانية سنة ١٩٥٩ وجارى تجديده على أن يتم طبعه سنة ١٩٩٤ بإذن الله .

الجزء الخامس : أصول الإثبات وإجراءاته :

المجلد الأول : الأدلة المطلقة ، سنة ١٩٩١ .

المجلد الثانى : الأدلة المقيدة وقواعد تقييد الأدلة وإطلاقها سنة ١٩٩١ .

الجملة ستة عشر مجلدا أو قسما ، المتاح منها الآن أحد عشرة ، وسيظهر مجلد آخر بإذن الله خلال العامين القادمين ، وسيليهما باقى المجلدات تباعا بمعاونة مشاركين ممتازين ، وبمشيئة الله وبفضل معاونتهم نقدر أن تكتمل مجموعة « الوافى » خلال الخمس السنوات التالية .

وبالإضافة إلى ذلك للمؤلف مجموعة بحوث وتعليقات على الأحكام سبق أن نشرت خلال الستين عاما الماضية فى مختلف المجلات القانونية فى مصر وفى الخارج بعضها نشرت أصلا باللغة الفرنسية ثم ترجمت فى هذه المجموعة إلى اللغة العربية ، وجمعت فى مجموعة واحدة ظهرت سنة ١٩٨٧ وهذا بخلاف الكتاب العريق فى شرح قانون إيجار الأماكن الطبعة التاسعة فى جزئين سنة ١٩٩٠ / ١٩٩٢ .